



A apresentação de propostas, no mesmo procedimento de contratação pública, por empresas em relação de grupo ou de domínio

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade de Direito da Concorrência e da Regulação

Aluno: Jaime Rafael Espanhol Figueiredo, n.º 22192

Orientador: Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues

Lisboa, 2019

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer aos meus pais e ao meu irmão que sempre contribuíram, da melhor forma, para conseguir atingir os meus objectivos e, sem eles, nada seria possível.

Em segundo lugar, tenho de agradecer à minha namorada que sempre me apoiou durante esta fase da minha vida, que nem sempre foi fácil.

Ao Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues, por toda a sua disponibilidade e apoio enquanto orientador.

Índice

Resumo	4
Abstract	5
Abreviaturas	6
Nota Prévia	7
Introdução	8
1. Enquadramento Histórico	11
2. Concorrência e Contratação Pública	14
3. Conluio na Contratação Pública	17
4. Enquadramento legal: o Direito nacional e o Direito da União Europeia	18
4.1. O Código dos Contratos Públicos e as Directivas de Contratação Pública	19
4.1.1. O conceito de concorrente	21
4.1.2. Os agrupamentos de empresas	22
4.1.3. Tipos de procedimentos de contratação pública	24
5. O Regime Jurídico da Concorrência e o TFUE	25
5.1. O conceito de empresa	26
5.2. Acordo e prática concertada entre empresas	29
5.3. Abuso de posição dominante	30
5.4. A aplicação do artigo 101.º do TFUE	32
6. Breves notas sobre o Código das Sociedades Comerciais: empresas em relação de grupo ou domínio	34
7. Análise da jurisprudência europeia e nacional	37
7.1. Análise da jurisprudência europeia	38
7.1.1. Acórdão <i>Assitur</i>	39
7.1.2. Acórdão <i>Lloyd's of London</i>	41
7.1.3. Acórdão <i>Specializuotas transportas</i>	44
7.2. A recepção da jurisprudência europeia pelos tribunais nacionais	49
8. A perturbação dos procedimentos	54
8.1. A adjudicação por lotes	56
8.2. Concurso limitado por prévia qualificação	59
8.3. Procedimento com vista à celebração de um acordo-quadro	60
8.4. Definição do preço anormalmente baixo pela entidade adjudicante	62
9. Mecanismos com vista à exclusão de propostas	63

9.1. Exclusão por intermédio da alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP ...	65
9.2. A desconsideração da personalidade jurídica.....	67
9.3. A exclusão com base na violação de princípios.....	70
9.4. O estabelecimento de limitações nas peças do procedimento.....	71
9.5. A figura dos conflitos de interesses.....	72
Conclusão	76
Bibliografia.....	83

Resumo

A presente dissertação tem por objecto analisar a problemática da participação simultânea, no mesmo procedimento de contratação pública, de operadores económicos que se encontram interligados por relações societárias, nomeadamente, por relações de domínio ou de grupo. A análise deste tema será realizada, maioritariamente, à luz do Direito da Concorrência e do Direito da Contratação Pública.

Esta análise tem como ponto de partida aquela que tem sido a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema e a sua influência na jurisprudência dos tribunais nacionais.

A partir do estudo da jurisprudência e da legislação nacional e europeia, analisar-se-á o impacto da participação simultânea daqueles operadores económicos nos procedimentos de contratação pública, bem como a possibilidade de proceder à sua exclusão em alguns desses procedimentos, nomeadamente, quando dali resulte uma subversão do funcionamento e dos objectivos próprios de determinado procedimento.

Palavras-chave: concorrência; contratação pública; empresas em relação de domínio ou de grupo; participação simultânea; exclusão de propostas

Abstract

The main goal of this dissertation is to analyze the problem of the simultaneous participation of related undertakings, namely, when they are in a group or controlling relationship, in the same public procurement procedure. The analysis of this theme will be carried out based on Competition Law and Public Procurement Law.

The starting point of this study is the analysis of the European Court of Justice case law and its influence on national courts case law.

From the study of european and nacional case law and legislation, we will analyse the impact of the simultaneous participation of those economic operators in the public procurement procedures, as well as the possibility of excluding them in some of these procedures, in particular, when its adversely affect the procedure.

Keywords: competition; public procurement; related undertakings; simultaneous participation; bid exclusion

Abreviaturas

Art.	Artigo
CCP	Código dos Contratos Públicos
CEE	Comunidade Económica Europeia
Coord(s).	Coordenador(es)
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Ed.	Edição
UE	União Europeia
N.º	Número
PME	Pequenas e Médias Empresas
RJC	Regime Jurídico da Concorrência
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vd.	Vide
Vol.	Volume

Nota Prévia

Importa referir que ao longo da dissertação, quando nos referimos a empresa, sem qualquer referência ou contextualização a determinado ramo do Direito ou qualquer norma em concreto, reportamo-nos a empresa enquanto sujeito jurídico, não sendo atribuída qualquer conotação àquele que é o conceito de empresa para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência, como afirma António Menezes Cordeiro a “(...) *noção de empresa, pela sua onnipresença e pela sua imprecisão, representa um campo de eleição para desenvolvimentos linguísticos (...)*”¹.

Serão também empregues vários termos, utilizados nos diversos ramos do Direito a que recorremos para a análise do tema, para nos referirmos às empresas enquanto proponentes/concorrentes a um procedimento, o que se faz por uma questão de conveniência de redacção e de enquadramento da situação que se analisa,

¹ Vd. Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 2.^a edição, Almedina, 2007, página 279.

Introdução

O Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública, não obstante serem ramos do Direito distintos, apresentam diversos pontos de conexão. No entanto, a sua complementaridade não deixa de se mostrar desafiante aquando da sua aplicação, muitas vezes conjunta.

Estes dois ramos do Direito revelam pontos de conexão, mas também visões opostas das mesmas situações, exemplo disso, é a noção de concorrente utilizada no Direito da Contratação Pública e o conceito de empresa utilizada no Direito da Concorrência, questão que é aliás relevante para a análise do tema.

A evolução da aplicação conjunta das regras do Direito da Concorrência e do Direito da Contratação Pública ocorre através da doutrina, mas também de um importante contributo da jurisprudência dos tribunais da União Europeia. A prática decisória destes tribunais, em especial do Tribunal de Justiça, e as orientações da Comissão Europeia enquanto, instrumento de *soft law*, têm contribuído para a clarificação das diversas questões jurídicas, identificando, em simultâneo, novos desafios.

A proliferação dos grupos económicos trouxe uma nova realidade aos procedimentos de contratação pública que se prende com a participação simultânea, naqueles procedimentos, de operadores económicos que se encontram ligados por relações societárias, como as relações de grupo ou de domínio. A existência destas relações leva, muitas vezes, a que se considere que estamos perante uma única empresa, questão essa que pode originar problemas delicados.

Como teremos oportunidade de analisar, aquela participação simultânea tem-se mostrado controversa, por se considerar, em especial na perspectiva da entidade adjudicante, que a existência de laços entre os operadores económicos pode potenciar a perturbação dos procedimentos adjudicatórios, o que é susceptível de levantar várias questões juridicamente relevantes, nomeadamente, no que concerne à independência e confidencialidade das

propostas e com a existência de uma verdadeira concorrência entre aqueles operadores económicos.

A participação simultânea de operadores económicos unidos por relações societárias tem levado, em alguns Estados-Membros, à adopção de normas com vista a estabelecer limitações de acesso relativamente à sua participação em procedimentos de contratação pública.

Estas limitações suscitaram, e continuam a suscitar, questões juridicamente delicadas, em especial, porque o recurso aos procedimentos de contratação pública visa, em geral, além dos objectivos de promoção da concorrência subjacentes aos procedimentos, também, a promoção da eficiência na afectação “(...) *dos recursos financeiros públicos, através da obtenção de bens e serviços de qualidade, como menor custo possível.*”² Este objectivo da contratação pública é afectado quando os operadores económicos falseiam a concorrência ou perturbam o normal desenvolvimento do procedimento.

A presente dissertação ocupa-se assim, da problemática inerente à participação de dois ou mais operadores económicos unidos por relações societárias, sendo que a análise incidirá, especialmente, sobre aqueles que se encontram ligados por relações de grupo ou de domínio.

A análise recai, entre outras questões, sobre a participação daqueles operadores económicos nos procedimentos adjudicatórios, sobre a possibilidade de introduzir limitações à sua participação e a sua eventual exclusão.

Para o estudo daquelas questões serão tidos em conta os diversos ramos do Direito que têm aqui pontos de conexão, nomeadamente o Direito da Concorrência, o Direito da Contratação Pública e o Direito das Sociedades Comerciais, sendo que uma parte significativa da abordagem ao tema se prende com o estudo daquela que tem sido a jurisprudência dos tribunais da

² Vd. Carvalho, Miguel Marques de, “O risco de colusão em contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência e a revisão do Código dos Contratos Públicos”, in Gomes, Carla Amado, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira (coords.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL, 2018, página 95.

União Europeia sobre o tema, em especial, os acórdãos *Assitur*³, *Lloyd's of London*⁴ e *Specializoutas transportas*⁵.

³ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317.

⁴ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78.

⁵ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324.

1. Enquadramento Histórico

O Direito Administrativo autonomiza-se do Direito Público surgindo a contratação pública. No entanto, a afirmação e desenvolvimento da contratação pública a nível europeu surge essencialmente com a criação do mercado comum e do mercado interno apoiado nas liberdades ⁶ e princípios ⁷ fundamentais.

É nos anos 60 e 70 que surgem as primeiras directivas comunitárias relativas à matéria de contratação pública, procurando reflectir nas ordens jurídicas nacionais a salvaguarda das liberdades e dos princípios fundamentais de forma a criar condições de igualdade de participação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação. Os erros e os atrasos na transposição daquelas directivas levaram ao seu fracasso.

Em 1979 foi então celebrado o Acordo sobre Contratos Públicos⁸, através do qual se procurou “(...) *a redução da despesa pública, possibilitada pela concorrência internacional que resultaria da abertura da contratação pública(...)*”⁹

Não obstante a importância que a contratação pública tem a nível europeu, sendo considerado “(...) *o maior mercado de contratos públicos do mundo, em termos monetários*”¹⁰, e de se afirmar que “(...) *as regras da União em matéria de adjudicação de contratos públicos foram adotadas no âmbito da realização de um mercado único destinado a assegurar a livre circulação e a eliminar as restrições da concorrência(...)*”¹¹, não existiam nos Tratados, nem existem

⁶ Liberdade de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e a liberdade de estabelecimento.

⁷ Nomeadamente, os princípios da transparência, reconhecimento mútuo e não discriminação em razão da nacionalidade.

⁸ No entanto, o Acordo só viria a entrar em vigor em 1996, tendo sido revisto em 2014 de forma a proceder a algumas adaptações àquela que é a realidade do actual mercado de contratação pública.

⁹ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Almedina, 2015.

¹⁰ Idem.

¹¹ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 2008, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, processo C-412/04, EU:C:2008:102, n.º 2; acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 25; acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 33.

actualmente no TFUE, disposições destinadas a orientar e regular, de forma suficiente, a contratação pública, sendo essa missão atribuída às Directivas Europeias.

Às já referidas Directivas seguem-se, em 2004, as novas Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, dando origem ao desenvolvimento e implementação de novos métodos de contratação, como as centrais de compras e os acordos-quadro. Estas Directivas viriam a dar lugar às actuais Directivas 2014/UE: Directiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos), que revogou a Directiva 2004/18/CE; a Directiva 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais), que veio revogar a Directiva 2004/17/CE, e a Directiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) que surge como uma novidade neste quadro legislativo.

As Directivas de 2014 têm por base, nomeadamente, o aumento da eficiência da despesa pública e a garantia de um acesso efectivo das PME ao mercado de contratação pública, cuja dimensão levava a uma menor atractividade por este mercado.

Por sua vez, o moderno direito da concorrência surge no final século XIX, nos Estados Unidos da América, como um conjunto de normas que tinham por objectivo limitar o poder económico dos *Trusts*¹², tendo como acto fundador o *Sherman Act* (1890) e mais tarde, em 1915, o *Clayton Act*.

As duas principais normas do *Sherman Act* (*Section 1* e *Section 2*), regulam, respectivamente, as regras relativas aos acordos e práticas concertadas entre empresas e as regras sobre práticas unilaterais de empresas monopolistas. Vamos encontrar normas semelhantes no Direito europeu, a que correspondem actualmente os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Em 1911 o *Supreme Court of the United States*, adoptando uma política mais activa na luta contra os *Trusts*, decidiu pela dissolução de dois grandes

¹² Os operadores económicos utilizavam os *Trusts* como instrumentos para fixar preços e repartir o mercado.

Trusts, os *Trusts* da *American Tobacco* e da *Standard Oil*, decisão pioneira nesta matéria.

Na União Europeia, as primeiras regras sobre defesa da concorrência surgiram com a aprovação do Tratado de Paris de 1951, assumindo, no entanto, pouca relevância. Só em 1957, com o Tratado de Roma, se criam regras e entidades de protecção da concorrência semelhantes às que hoje conhecemos, no entanto, o desenvolvimento da política de concorrência pela Comissão Europeia só se estabeleceu em 1962 com a aprovação do Regulamento n.º 17/62.

A partir dos anos 70 e 80 a jurisprudência do Tribunal de Justiça começa a ganhar destaque, em especial, com o papel dos tribunais nacionais que promovem o sistema europeu através dos reenvios prejudiciais, e as regras de concorrência começam a adquirir destaque enquanto instrumento de política económica, nomeadamente, no combate à inflação.

A partir dos anos 90 o Direito da Concorrência evolui consideravelmente e moderniza-se construindo aquelas que são hoje as suas bases.

Em Portugal, é com a adesão à CEE que se adopta o primeiro regime de defesa da concorrência sendo criada a Direcção-Geral da Concorrência e Preços. A este regime de defesa da concorrência foi adicionado o regime de controlo de concentrações, com o Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro, legislação que viria a ser objecto de revisão com o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro. É já em 2003, com o Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de Janeiro, que é criada a Autoridade da Concorrência, criando alterações institucionais e substantivas no sistema nacional, com vista a acompanhar os desenvolvimentos do sistema europeu, com a adopção da então vigente Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 18/2003 de 11 Junho), acabando por evoluir para a actual Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, que consigo trouxe a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão¹³.

¹³ Vd. Silva, Miguel Moura e, *Direito da concorrência*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, páginas 120 a 124.

O actual Direito da Concorrência passou a ocupar-se, principal ou exclusivamente, da protecção do processo concorrencial tendo em vista evitar a criação de estruturas de mercado que levem à criação e ao exercício de poder de mercado por parte dos operadores económicos, procurando o bem-estar dos consumidores¹⁴.

2. Concorrência e Contratação Pública

O Direito da Concorrência tem como objectivo a promoção da eficiência económica e a maximização do bem-estar dos consumidores¹⁵. A promoção da eficiência económica é vista como a trave mestra¹⁶ da política de concorrência, na medida em que permite uma eficiente alocação de recursos através do processo concorrencial permitindo a prossecução do interesse público pelas entidades adjudicantes. O Direito da Concorrência procura no fundo controlar o exercício do poder de mercado¹⁷ através de normas de natureza repressiva.

A concorrência apresenta duas vertentes, uma subjectiva e outra objectiva. A subjectiva garante a cada operador económico o exercício da liberdade de iniciativa económica; a objectiva, refere-se ao mercado e descreve-o “(...) *pela presença de uma pluralidade de operadores económicos, cada um dos quais compra ou vende uma porção tão irrisória do total do produto trocado, que não consegue influenciar o preço de mercado com a sua conduta económica*”.¹⁸

Por sua vez, o Direito da Contratação Pública visa a eficiência económica e a maximização da utilidade dos recursos públicos na aquisição de bens e

¹⁴ Vd. Silva, Miguel Moura e, *Direito da concorrência*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, páginas 129 e 130.

¹⁵ Vd. Freire, Paula Vaz, *Eficiência económica e Restrições Verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*, Lisboa, AAFDL, 2008, páginas 573 a 576 e 884 a 886.

¹⁶ Vd. Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008.

¹⁷ Vd. Silva, Miguel Moura e, *Direito da concorrência*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018.

¹⁸ Vd. Raimundo, Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Público – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, AAFDL, 2013.

serviços ao mercado, ou seja, baseia-se na procura da melhor proposta que os operadores económicos, presentes no mercado podem oferecer.

O recurso ao Direito da Contratação Pública, nomeadamente aos procedimentos adjudicatórios, visa prosseguir a não discriminação e a igualdade de tratamento dos concorrentes e promover a transparência no processo aquisitivo, o que permite às entidades adjudicantes satisfazer as suas necessidades de aquisição de bens e serviços de forma eficiente.

Aproximadamente 25% dos cartéis investigados pelas autoridades da concorrência tiveram origem em práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos de contratação pública¹⁹. A necessidade de prevenir este tipo de práticas anti-concorrenciais prejudiciais para as entidades adjudicantes e para os consumidores em geral, contribuiu para a aproximação destes dois ramos do Direito²⁰.

Assim, com o objectivo de prevenir este tipo de práticas anti-concorrenciais, o legislador europeu, e consequentemente o legislado nacional, estabeleceram algumas aproximações entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública²¹.

A evolução, no sentido de estabelecer uma aproximação, tem revelado a necessidade do intérprete conhecer estas duas disciplinas, sendo possível encontrar no Código dos Contratos Públicos alguns pontos de ligação com o Direito da Concorrência. Muitos destes pontos têm o objectivo de prevenir e dissuadir a violação das regras do Direito da Concorrência que ao mesmo tempo prejudicam o normal funcionamento dos procedimentos de contratação pública lançados pelas entidades adjudicantes.

¹⁹ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha, “O princípio da concorrência nas novas Directivas sobre contratação pública” in *A Transposição das Directivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2016.

²⁰ Vd. Morais, Luís S.; Nuno Cunha Rodrigues, “Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas”, in Trabuço, Cláudia & Vera Eiró (coords.), *Contratação pública e Concorrência*, Almedina, 2013.

²¹ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha, “A Nulidade dos Contratos Administrativos à luz do Direito da Concorrência”, in *Estudos de Contratação Pública – IV*, Coimbra Editora, Coimbra 2013.

O Direito da Concorrência intercepta o Direito da Contratação Pública²² com a finalidade de prosseguir os seus objectivos próprios, mas também de proteger o mercado de contratação pública. Ou seja, são realidades conexas e complementares. A jurisprudência dos tribunais da União Europeia e as Directivas da União Europeia, contribuíram para esta aproximação.

As Directivas de 2014 *supra* referidas colocaram o foco na integridade da contratação pública com duas ideias base. Em primeiro lugar, de que a concorrência tem de ser ampla, no sentido, de que a exclusão de uma proposta deve ser a solução de última ratio. E em segundo lugar, que a concorrência deve ser justa, e embora a exclusão seja de última ratio, em alguns casos tem de acontecer para protecção da própria concorrência.

Podemos concluir que Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública têm objectivos e princípios comuns e ambos procuram tornar os mercados mais competitivos e manter o seu funcionamento em sã concorrência. É desejável que da interacção entre estes dois ramos do Direito, resulte um mercado da contratação pública livre de comportamentos anti-concorrenciais.

Os sectores sujeitos ao paradigma da concorrência e em que a sua base de actuação se centra no mercado, tal como acontece com o sector da contratação pública, enfrentam, hoje, diversos desafios delicados, entre os quais, os referentes à exclusão de concorrentes dos procedimentos de contratação pública²³.

Apesar de todos os pontos de aproximação entre Direito da Concorrência e Direito da Contratação Pública, existem entre eles divergências e é aí que têm origem problemas como aquele que nos propomos a analisar.

²² Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017.

²³ Vd. Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Restrições à participação em procedimentos de contratação Pública”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, Maio Coimbra, CEDIPRE, 2009.

3. Conluio na Contratação Pública

O conluio é um acordo entre concorrentes no qual se estabelecem medidas com vista a eliminar ou limitar a concorrência, nomeadamente, “(...) *aumentar os preços ou baixar a qualidade dos bens e serviços para compradores que desejem adquirir produtos ou serviços por meio de concursos, licitações ou leilões*”²⁴. Estes acordos configuram uma prática anti-concorrencial proibida pelo artigo 9.º do Regime Jurídico da Concorrência²⁵ e, caso a violação se verifique ao nível da União Europeia, pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Estes acordos reduzem os benefícios resultantes da existência de um mercado competitivo e retiram utilidade aos procedimentos de contratação pública, na medida em que subvertem o seu normal funcionamento. Ou seja, o conluio é prejudicial para as entidades adjudicantes e para os consumidores em geral, pois reduz o bem-estar colectivo e leva à utilização de capitais públicos que poderiam ser empregues noutras áreas, caso a concorrência efectiva não fosse desvirtuada por aquele acordo.

A contratação pública revela-se uma área apetecível aos concorrentes no que concerne a este tipo de acordos, sendo considerada como um dos “(...) *palcos mais propícios e atractivos para a ocorrência de comportamentos que põem em perigo a concorrência e que podem degenerar em conflitos de interesse e até corrupção*”²⁶. Seja pelo valor elevado de muitos contratos, seja pelas características do próprio mercado ou até pela “(...) *complexidade técnica e os avultados investimentos exigidos que constituem barreiras naturais à entrada de novos players no mercado*(...)”²⁷, os procedimentos de contratação pública são favoráveis à proliferação destas práticas restritivas. Temos por certo que quanto menor for o mercado, e quanto maior for a sua concentração, melhores serão as condições para que os operadores

²⁴ Vd. *Directrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*, OCDE, Fevereiro, 2009.

²⁵ Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, na sua redacção actual.

²⁶ Vd. Sampaio, Raquel, “Distorções da Concorrência na participação em procedimentos de contratação pública” in *Estudos de Contratação Pública – IV*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

²⁷ Vd. Estorninho, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um olhar português*, Almedina, 2006.

económicos nele presentes cheguem a um entendimento comum no sentido eliminar as pressões concorrenciais que existem entre eles²⁸.

Existem, alguns padrões que indiciam a existência de concertação das propostas apresentadas, por exemplo, os preços apresentados nas propostas serem demasiado elevados face à estimativa de custos, os preços apresentados pelos concorrentes subirem ou descerem uniformemente em comparação a procedimentos anteriores em que estes, também, tenham participado, alinhamento de preços, custos de transporte idênticos quando a localização geográfica das empresas é muito diferente, propostas com os mesmos erros de cálculo ou de ortografia, o mesmo aspecto gráfico, entre outros²⁹.

Cabe às entidades adjudicantes analisar, atentamente, as propostas e desenhar adequadamente os procedimentos, estabelecendo requisitos claros e de forma a evitar que o conteúdo do procedimento seja previsível para os potenciais concorrentes, ser prudente na contratação por lotes, atentar nos casos de subcontratação, entre outras medidas que podem variar de acordo com o tipo de procedimento adoptado e com o seu objecto.

4. Enquadramento legal: o Direito nacional e o Direito da União Europeia

As normas presentes no ordenamento jurídico português, quer em matéria de Direito da Concorrência, quer em matéria de Direito da Contratação Pública contêm uma significativa influência daquele que tem sido o desenvolvimento destas áreas do Direito ao nível da União Europeia.

A análise da legislação nacional sobre estas matérias implica que se tenha presente que muitas delas foram alvo de transposição de Directivas Europeias

²⁸ Neste sentido, Azeredo, Joana, “A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência” in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Outubro 2016, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Centro de Investigação Jurídico-Económica, disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/1507>, página 16.

²⁹ Vd. Moreira, João, “Cartelização em contratação pública: A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, in *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

ou são reflexo da jurisprudência dos tribunais da União Europeia, pelo que é relevante proceder à análise global de todos os elementos.

4.1. O Código dos Contratos Públicos e as Directivas de Contratação Pública

As novas Directivas de contratação pública³⁰ visam, nomeadamente, a simplificação e flexibilização das regras de contratação pública, incentivar o desenvolvimento de políticas secundárias, horizontais ou públicas, através da contratação pública e promover a participação de PME's nos procedimentos adjudicatórios.

Com estas medidas, as Directivas visam, ainda, a promoção da concorrência efectiva no mercado de contratação pública, procurando evitar distorções de concorrência, sendo possível identificar, ao longo das Directivas, várias referências que têm em vista alcançar este objectivo. Desde logo, existe, nas Directivas, uma nova conceptualização do princípio da concorrência, o qual se tem formado no sentido de atribuir às entidades adjudicantes a função de acautelar eventuais distorções da concorrência causadas pelo próprio procedimento³¹.

Foi através das Directivas que se acolheu formalmente a ideia de que com a contratação pública se procura, também, a defesa de uma sã concorrência. Dispõe neste sentido, o artigo 18.º da Directiva 2014/24/UE referindo que “[O]s concursos não podem ser organizados no intuito (...) de reduzir artificialmente a concorrência.”

Por sua vez, o artigo 24.º da Directiva 2014/24/UE estabelece que os Estados-Membros devem assegurar “(...) que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente

³⁰ Directiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão; Directiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e a Directiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

³¹ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha, “O princípio da concorrência nas novas Directivas sobre contratação pública” in Estorninho, Maria João (coord.) *A Transposição das Directivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2016, página 64.

conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos”, disposição que foi transporta pelo legislador nacional para o n.º 3 do artigo 1.º-A do CCP.

No que respeita aos princípios essenciais no domínio da contratação pública, presentes no artigo 18.º da Directiva 2014/24/UE e no artigo 1.º-A do CCP, destacamos, tendo em consideração a análise do tema em causa, os princípios da proporcionalidade, da concorrência, da transparência da igualdade de tratamento e da não discriminação.

Relativamente aos princípios importa ter em consideração que, mesmo que estejamos perante um procedimento que não se encontra abrangido pela aplicação das Directivas, são-lhe sempre aplicáveis os princípios gerais e regras fundamentais do Direito da União Europeia constantes do TFUE³².

A transposição das Directivas sobre contratação pública introduziu no CCP alguns elementos benéficos ao nível da concorrência na contratação pública, nomeadamente, a divisão por lotes. Desta forma ampliou-se o acesso dos concorrentes ao mercado de contratação pública, mais concretamente, o acesso das PME's.

O actual CCP é reflexo da transposição para a ordem jurídica nacional da Directiva 2014/24/UE, pelo que é importante ter em conta, na sua interpretação as disposições daquela Directiva, bem como a interpretação que o TJUE faz das suas normas.

³² Neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Dezembro de 2000, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG*, processo C-324/98, EU:C:2000:669, n.º 60, “(...) apesar de tais contratos estarem, na fase actual do direito comunitário, excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 93/38, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular.”

4.1.1. O conceito de concorrente

O artigo 53.º do CCP define concorrente como a “(...) a entidade, pessoa singular ou colectiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta.”

O CCP distingue o concorrente do candidato no artigo 52.º. O candidato só pode ser classificado como concorrente se for seleccionado na fase de qualificação. O Código prevê a existência de qualificação no concurso limitado por prévia qualificação (artigo 163.º), no procedimento por negociação (artigo 194.º) e no diálogo concorrencial (artigo 205.º). Uma vez seleccionado na fase de qualificação, o candidato é, então, convidado a apresentar proposta na qualidade de concorrente³³.

O legislador decidiu adoptar um conceito de concorrente alicerçado no conceito tradicional de personalidade jurídica. Assim, sempre que exista personalidade jurídica singular ou colectiva, podemos afirmar que estamos perante um concorrente³⁴.

Ao contrário do conceito de empresa utilizado no RJC, o que importa no conceito de concorrente presente no artigo 53.º do CCP é a pessoa jurídica³⁵, porque considera-se concorrente o operador económico, enquanto entidade com personalidade jurídica própria e individual, desconsiderando os casos em que exista, por exemplo, uma relação de domínio ou de grupo entre eles, na medida em que não afecta a sua personalidade jurídica.

Assim, à semelhança do que acontece com o conceito de empresa, também o conceito de concorrente, por se tratar de um conceito próprio do Direito da Contratação Pública adoptado pelo legislador para efeitos de

³³ Vd. Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 8ª Edição, Almedina, 2019, páginas 206 e 207.

³⁴ Neste sentido a jurisprudência dos tribunais administrativos, nomeadamente, os acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 30 de Setembro de 2010, processo n.º 06517/10; de 26 de Novembro de 2015, processo n.º 12542/15 e de 2 de Junho de 2016, processo n.º 13205/16 e o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Janeiro de 2011, processo n.º 0851/10.

³⁵ Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, página 17.

aplicação do Código, obriga o intérprete a cingir-se a ele quando aplica as normas do Código³⁶, pois não existindo no CCP qualquer lacuna a este respeito, parece não ser legalmente possível³⁷ que o intérprete lance mão de uma aplicação analógica do conceito de empresa presente no artigo 3.º do RJC³⁸.

4.1.2. Os agrupamentos de empresas

No artigo 54.º do CCP encontramos a figura dos agrupamentos de empresas. Este expediente permite que os candidatos ou concorrentes se agrupem, temporariamente, para concorrer a um procedimento, o que “(...) viabiliza e facilita o acesso à contratação pública por parte de empresas de média e pequena dimensão”³⁹. Pois permite que estas empresas, que dificilmente poderiam apresentar propostas a determinado procedimento, o façam em conjunto com outros operadores económicos, complementando as suas capacidades técnicas, financeiras e outras.

A figura dos agrupamentos pode, assim, contribuir também para a melhoria da qualidade das propostas, a qual poderia não se alcançar através da participação individual de cada um dos concorrentes que constitui o agrupamento.

O n.º 2 do artigo 54.º do CCP estabelece a proibição de os membros de um agrupamento de candidatos ou de concorrentes se apresentarem no mesmo procedimento integrando outro agrupamento ou individualmente, enquanto candidatos ou concorrentes.

³⁶ No sentido de o intérprete se cingir ao conceito de concorrente aquando da aplicação do Código dos Contratos Públicos, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30 de Setembro de 2010, processo n.º 06517/10.

³⁷ Vd. artigo 10.º do Código Civil.

³⁸ Defendendo a impossibilidade de recurso à analogia, Azeredo, Joana, “A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência” in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Outubro 2016, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Centro de Investigação Jurídico-Económica, disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/1507>.

³⁹ Vd. Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 8ª Edição, Almedina, 2019, Página 208.

Esta proibição pretende manter a sã concorrência no desenvolvimento do procedimento, garantindo que todos os operadores económicos competem efectivamente uns contra os outros. Caso fosse permitido ao mesmo concorrente ou candidato integrar, por exemplo, um agrupamento e apresentar-se individualmente enquanto candidato ou concorrente no mesmo procedimento, verificar-se-ia que esse operador económico dispunha de informações relevantes capazes de condicionar a sua actuação, na medida em que teria conhecimento da proposta do agrupamento o que moldaria a sua actuação individual. Desta forma, o jogo da concorrência era falseado⁴⁰. Mas esta norma, procura, também, proteger os membros dos agrupamentos das manobras anti-concorrenciais do membro que se apresenta em situação de dupla participação⁴¹.

Não obstante as questões que esta figura pode eventualmente levantar quanto ao Direito da Concorrência, nomeadamente a possibilidade de as empresas utilizarem os agrupamentos para eliminar a pressão concorrencial que existiria se concorressem individualmente, diminuindo assim o número de concorrentes ao procedimento, não analisaremos aqui esta temática.

A abordagem a esta norma do Código serve apenas para fazer notar, como é actualmente pacífico na doutrina⁴², que a problemática dos agrupamentos em nada se confunde com o tema que aqui analisamos e não é, o artigo 54.º do CCP, aplicável aos casos de participação simultânea que analisamos.

⁴⁰ Como observa Pedro Costa Gonçalves, “A proibição da dupla participação é justificada pelo propósito de reduzir o risco de transferência ou passagem de informações de um agrupamento para outro (...) e de, assim, prevenir e não promover ou facilitar práticas que possam falsear as regras da concorrência” – Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª edição, Almedina, 2018, página 615.

⁴¹ Neste sentido Oliveira, Mário Esteves de, “Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimento de contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública* – II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

⁴² Neste sentido, entre outros autores, Oliveira, Mário Esteves de, “Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimento de contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública* – II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010; Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2 Maio/Agosto, Coimbra, CEDIPRE, 2011; Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017.

4.1.3. Tipos de procedimentos de contratação pública

Tendo em conta o desenvolvimento da análise a que nos propomos, parece adequado proceder a uma breve identificação e descrição dos procedimentos de contratação pública presentes no Código dos Contratos Públicos, com destaque para os procedimentos que mais nos irão ocupar nesta análise⁴³.

Os procedimentos de contratação pública surgem, por regra, por iniciativa das entidades adjudicantes e existem vários procedimentos que se desenrolam de diversas formas.

Os procedimentos de contratação pública têm como propósito, entre outros, lançar à concorrência a intenção de celebrar um contrato com vista à aquisição de bens e/ou serviços, o que pressupõe, portanto, considerar os concorrentes como opositores uns dos outros, permitindo-lhes que concorram entre si, sempre e apenas, pelo seu mérito em confronto com padrões imutáveis inicialmente definidos nas peças do procedimento⁴⁴.

O Código dos Contratos Públicos prevê no artigo 16.º os tipos de procedimentos que as entidades adjudicantes podem adoptar. Estes procedimentos dividem-se em, ajuste directo, consulta prévia, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação, diálogo concorrencial e parceria para a inovação.

Para o estudo do tema em causa, é pertinente, nesta fase, realizar uma breve análise dos procedimentos de concurso público e do concurso por prévia qualificação.

O concurso público encontra-se regulado nos artigos 130.º e seguintes do CCP e é a modalidade que, por excelência, visa o respeito pelos princípios da

⁴³ Apesar de analisarmos aqui alguns dos procedimentos elencados no artigo 16.º do CCP, retomaremos esta análise *infra* por ser mais adequado fazê-lo à medida de expomos outros elementos.

⁴⁴ No sentido de todas as condições do procedimento se encontrarem previamente estabelecidas nas peças do mesmo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 2006, *La Cascina Soc. coop. arl e Zilch Srl contra Ministero della Difesa e outros e Consorzio G. f. M. contra Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. Arl.*, processos apensos C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, n.º 32, “(...) há que precisar que os princípios da transparência e da igualdade de tratamento que regem todos os processos de adjudicação de contratos públicos, segundo os quais as condições de fundo e de processo respeitantes a um concurso devem ser claramente definidas previamente(...)”.

igualdade, da transparência e da concorrência. Neste caso, a entidade adjudicante torna pública a sua intenção de contratar, lançando o procedimento à concorrência para que qualquer operador económico presente no mercado possa apresentar a sua proposta, chamando assim ao procedimento o maior número possível de concorrentes. Este procedimento admite, ainda, outras modalidades como ser urgente ou normal, nacional ou internacional, entre outros.

O concurso limitado por prévia qualificação, com regime nos artigos 162.º e seguintes do CCP, assemelha-se ao concurso público, no entanto, inicia-se com uma fase de candidaturas e qualificação dos candidatos. Só após a fase de qualificação é que se inicia a segunda fase, que corresponde à apresentação das propostas pelos candidatos seleccionados e a respectiva análise pela entidade adjudicante com vista à adjudicação. Aqui, ao contrário do que acontece nos procedimentos por concurso público, a entidade adjudicante procura no mercado os operadores económicos que reúnam determinadas características, recorrendo à fase de qualificação para assegurar que os concorrentes se encontram num determinado patamar mínimo de capacidades por ela estabelecidas⁴⁵.

5. O Regime Jurídico da Concorrência e o TFUE

O Regime Jurídico da Concorrência encontra-se estabelecido na Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio que procedeu à sua última grande reforma⁴⁶, a qual teve como objectivo fundamental permitir que o direito nacional acompanhasse os desenvolvimentos do direito europeu. Esta orientação relativa ao acompanhamento das matérias de concorrência ao nível da União Europeia consta no artigo 96.º do RJC.

⁴⁵ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

⁴⁶ A Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, foi recentemente alterada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.

O Regime Jurídico da Concorrência atribui à Autoridade da Concorrência o dever de assegurar o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência, cabendo-lhe a punição de todas as infracções ao Direito da Concorrência.

No que concerne às práticas restritivas da concorrência, presentes no RJC, analisaremos aqui, de forma não exaustiva, os acordos e práticas concertadas presentes no artigo 9.º do RJC, e correspondente artigo 101.º do TFUE, e o abuso de posição dominante, proibido pelo artigo 11.º do RJC e pelo artigo 102.º do TFUE. Estas regras têm natureza sancionatória e visam identificar e reprimir práticas restritivas da concorrência que ocorram no mercado.

A regra é a proibição das práticas restritivas da concorrência referidas no n.º 1 do artigo 9.º do RJC e/ou no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, encontrando-se a excepção prevista no artigo 10.º do RJC e no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, que admitem a possibilidade de não considerar ilegais aquelas práticas restritivas quando se considere preenchido o critério do balanço económico.

Não obstante ser este o principal regime jurídico aplicável às infracções do Direito da Concorrência, são também aplicáveis, a título subsidiário, outros regimes jurídicos, como o Código Penal, o Regime Geral das Contra-Ordenações ou o Código de Procedimento Administrativo.

É essencial para a abordagem do tema que aqui analisamos, é ter presente o conceito de empresa a que se refere o artigo 3.º do RJC.

5.1. O conceito de empresa

O n.º 1 do artigo 3.º do RJC define empresa como *“(...) qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.”*

O conceito de empresa presente no n.º 1 do artigo 3.º do RJC caracteriza-se por ser “(...) *funcional, não formal e abrangente*(...)”⁴⁷, e de construção jurisprudencial pelos tribunais da União Europeia⁴⁸.

Este conceito de empresa, adoptado pelo legislador no RJC, é específico do Direito da Concorrência e não deve ser confundido com o conceito utilizado noutros ramos do direito nacional⁴⁹. O conceito é próprio daquele diploma e da aplicação do Direito da Concorrência, uma vez que o próprio preceito refere que “[C]onsidera-se empresa, para efeitos da presente lei (...)”, devendo assim ser utilizado apenas para os efeitos ali previstos⁵⁰.

O conceito de empresa é o elemento central da aplicação das normas de Direito da Concorrência na medida em que delimita o seu âmbito subjectivo de aplicação, permitindo ao intérprete identificar o destinatário das normas. Pois só estão abrangidos pelo Regime Jurídico da Concorrência os operadores económicos que forem qualificados como empresas.

Elemento essencial presente no n.º 1 do artigo 3.º do RJC é o facto de a entidade exercer uma actividade económica. O conceito de actividade económica já foi, por diversas ocasiões, objecto de análise pelo TJUE cuja jurisprudência qualificou a actividade económica como a oferta de bens ou serviços num determinado mercado⁵¹, referência essa que consta actualmente no n.º 1 do artigo 3.º do RJC.

Nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do RJC, considera-se uma única empresa, o conjunto de empresas que forma uma unidade económica, ou o conjunto de empresas entre as quais existem relações de interdependência, as quais

⁴⁷ Vd. Moniz, Carlos Botelho, *Lei da Concorrência Anotada*, Almedina, 2016, em anotação ao artigo 3.º do Regime Jurídico da Concorrência.

⁴⁸ Entre outros, o acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, processo C-41/90, EU:C:1991:161, n.º 21.

⁴⁹ Vd. Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, página 67.

⁵⁰ No sentido de o conceito de empresa ser utilizado apenas para os efeitos previstos no Regime Jurídico da Concorrência, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30 de Setembro de 2010, processo n.º 06517/10.

⁵¹ Nomeadamente o acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1987, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, processo 118/85, em especial os n.ºs 3 e 7, EU:C:1987:283, e o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 1998, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, C-35/96, EU:C:1998:303, em especial o n.º 36.

podem ser aferidas pelos critérios indicados nas alíneas a) a d) do n.º 2 deste artigo.

A figura da unidade económica tem também uma base de construção jurisprudencial pelos tribunais da União Europeia⁵².

De acordo com a jurisprudência do TJUE, o conceito de empresa “(...) *deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas (...)*”⁵³. Ou seja, o conceito de empresa para efeitos do Direito da Concorrência não corresponde à noção de pessoa jurídica⁵⁴, como sucede com o artigo 53.º do CCP, o que permite que duas ou mais pessoas juridicamente distintas, independentemente da sua forma de organização, possam ser uma única empresa para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência.

Assim, e porque, estruturalmente, as empresas se podem organizar de diferentes formas, nomeadamente, constituir um grupo de sociedades, onde existe uma sociedade-mãe que controla as restantes, o Direito da Concorrência desconsidera a personalidade jurídica individual de cada uma daquelas entidades para considerar que a ausência de independência comportamental em relação à sociedade-mãe se traduz na impossibilidade de existir concorrência entre elas⁵⁵.

Como refere Miguel Moura e Silva, trata-se “ (...) *em síntese de atribuir a diferentes entidades sujeitas a um controlo comum – isto é a uma entidade que*

⁵² Nomeadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH contra Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.*, processo 170/83, EU:C:1984:271, n.º 40.

⁵³ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2009, *Akzo Nobel NV, e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo C-97/08 P, EU:C:2009:536, n.º 55.

⁵⁴ Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, página 23.

⁵⁵ Vd. Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, página 71.

*pode exercer sobre elas uma influência dominante – o carácter de uma unidade económica*⁵⁶.

5.2. Acordo e prática concertada entre empresas

A troca de informação entre concorrentes pode constituir uma forma de acordo ou prática concertada restritiva da concorrência. O acordo e a prática concertada entre empresas são duas formas de conluio com a mesma natureza e que se distinguem entre si pela intensidade e forma como se manifestam.

Segundo a jurisprudência dos tribunais da União Europeia há um acordo entre empresas quando existe “(...) *uma concordância de vontades entre duas partes pelo menos, cuja forma de manifestação não é importante desde que constitua a expressão fiel das mesmas*”⁵⁷ no mercado. Trata-se de uma definição ampla com a qual se pretende abranger qualquer meio utilizado para chegar à prática restritiva, como refere Luís Morais, a noção de acordo entre empresas “(...) *é concebida em termos muito latos, de forma a compreender quaisquer formas de entendimento comum entre empresas distintas (...)*”⁵⁸. Estes acordos podem revestir-se de maior formalidade assumindo a forma de contrato escrito ou serem meros acordos verbais ou *gentlemen’s agreements*.

Já as práticas concertadas, consistem na coordenação entre duas ou mais empresas, que, apesar de não terem celebrado qualquer acordo nos termos acima descritos, actuam entre si, de forma consciente, eliminando a existência de uma concorrência efectiva⁵⁹.

⁵⁶ Vd. Silva, Miguel Moura e, *Direito da concorrência*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, página 246.

⁵⁷ Vd. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2000, *Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-41/96, EU:T:2000:242, n.º 69, e apesar anterior, mas também no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, *ACF Chemiefarma NV contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 41/69, EU:C:1970:71, n.º 112, ao sustentar que constitui um acordo entre empresas “(...) *a expressão fiel da vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento (...)*” no mercado.

⁵⁸ Vd. Morais, Luís D. S., *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra, Almedina, 2009, página 21.

⁵⁹ Diferentes das práticas concertadas são os casos de paralelismo de actuação, nos quais não existe a externalização da vontade relativa à coordenação. Aqui, por exemplo, devido à estrutura do mercado, basta às empresas a observação da estratégia dos seus concorrentes para saber o comportamento que devem adoptar de forma a que a sua estratégia seja a mais adequada, sem que entre elas tenha existido qualquer concertação.

Entre as práticas restritivas, os cartéis são considerados os mais graves devido aos meios empregues na prossecução dos fins anti-concorrenciais e à forma altamente prejudicial com que afectam o mercado e os consumidores em geral.

5.3. Abuso de posição dominante

As regras sobre abuso de posição dominante, tal como as regras relativas aos acordos e práticas concertadas, são regras de natureza sancionatória e visam identificar e reprimir práticas restritivas da concorrência que estejam a ocorrer no mercado.

Os elementos característicos da prática de abuso de posição dominante estão presentes no artigo 11.º do Regime Jurídico da Concorrência, que no TFUE corresponde ao artigo 102.º. Nenhum deles apresenta uma definição desta prática, que tem por base construções doutrinárias e jurisprudências.

O Tribunal de Justiça, no acórdão *United Brands*, definiu posição dominante como “(...) *uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores.*”⁶⁰

Para que exista um abuso de posição dominante têm de existir duas condições essenciais: I) estarmos perante uma empresa e II) determinar se a empresa em causa detém uma posição dominante no mercado. A primeira condição já analisámos *supra*, a segunda cabe agora analisar.

Além de ser condição essencial a empresa dispor de uma posição dominante, é também necessário aferir o seu poder de mercado⁶¹. O poder de

⁶⁰ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo n.º 27/76, EU:C:1978:22, n.º 65.

⁶¹ Assim a Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, (2009/C 45/02), ponto 9.

mercado é elemento central para o abuso de posição dominante. É um conceito de origem económica que, muito resumidamente, representa a capacidade de uma empresa se esquivar às pressões concorrenciais.

A empresa em posição dominante goza, em geral, de um poder de mercado considerável e duradouro que torna insuficiente a pressão concorrencial a que seja sujeita, o que lhe permite aumentar os preços acima do nível da concorrência por um período significativo⁶².

Outro elemento importante, e que é indicador da existência de poder de mercado, é a quota de mercado, considerando-se que uma quota de mercado, no mercado relevante⁶³, inferior a 40%⁶⁴, é indicadora de uma baixa probabilidade de existência de uma posição dominante.

É possível distinguir duas categorias de abuso de posição dominante, o abuso de exploração e o abuso de exclusão.

No abuso de exploração, a empresa em posição dominante pratica preços elevados, prejudiciais para os consumidores. A prática de preços acima do nível de concorrência leva a que os consumidores paguem um preço, superior ao que iriam pagar, caso a empresa estivesse sujeita a uma concorrência efectiva.

No abuso de exclusão está em causa o comportamento dirigido, não directamente ao consumidor, mas à estrutura concorrencial⁶⁵. A empresa dominante, através do seu poder de mercado, actua de forma a eliminar os concorrentes, diminuindo a pressão concorrencial a que está sujeita, o que lhe permite, numa segunda fase, aumentar os preços aos consumidores e beneficiar dessa eliminação da concorrência.

⁶² Assim a Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, (2009/C 45/02), pontos 10 e 11.

⁶³ Para que seja possível chegar à quota de mercado de uma empresa, é necessário delimitar *a priori* o mercado em que essa empresa actua.

⁶⁴ Vd. Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, (2009/C 45/02), ponto 14.

⁶⁵ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 6-72, EU:C:1973:22, n.º 26.

É importante ter em consideração que, tal como indica a letra dos artigos 11.º do RJC e 102.º do TFUE, o Direito da Concorrência não visa combater o poder de mercado por si só, ou seja, não proíbe que uma empresa detenha uma posição dominante, mas sim, a exploração abusiva dessa posição. O que é exigido à empresa que se encontra em posição dominante, é que se comporte com uma especial responsabilidade de não afectar, com o seu comportamento, a concorrência efectiva.

Em síntese, o abuso de posição dominante é uma prática restritiva da concorrência que decorre da utilização ilícita, por parte de uma empresa (ou mais empresas), do poder de que dispõe num determinado mercado, para obter vantagens que não obteria se não se encontrasse naquelas condições. A adopção destes comportamentos, é susceptível de influenciar a estrutura do mercado.

Desta breve nota relativa ao abuso de posição dominante compreende-se a complexidade do instituto e da sua aplicação.

5.4. A aplicação do artigo 101.º do TFUE

É jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça da União Europeia que o artigo 101.º do TFUE, a que corresponde o artigo 9.º do RJC, não se aplica quando os acordos ou práticas concertadas, que esta norma proíbe, são levados a cabo por empresas que constituem uma unidade económica⁶⁶ na acepção que lhe é dada pela jurisprudência constante do TJUE⁶⁷.

⁶⁶ Assim, designadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1988, *Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des Régions libérées*, processo 30/87, EU:C:1988:225, n.º 19; de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, processo 66/86, EU:C:1989:140, n.º 35, e de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 28.

⁶⁷ Designadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, processo C-41/90, EU:C:1991:161, n.º 21; de 16 de Novembro de 1995, *Federation française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie e Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs contra Ministério da Agricultura e da Pesca*, processo C-244/94, EU:C:1995:392, n.º 14; de 11 de Dezembro de 1997, *Job Centre coop. arl.*, processo C-55/96, EU:C:1997:603, n.º 21; de 19 de Fevereiro de 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse*

O preenchimento do elemento do tipo, quer do artigo 101.º do TFUE, quer do artigo 9.º do RJC, implica que a prática restritiva da concorrência seja executada por duas ou mais empresas, o que não acontece quando estamos perante um conjunto de entidades que constitui uma unidade económica. O que importa ao Direito da Concorrência são as práticas que ocorrem entre dois ou mais operadores económicos totalmente autónomos em condições de concorrer livremente entre si.

Este entendimento tem origem numa decisão da Comissão relativa a um pedido de certificado negativo⁶⁸, que veio a ser reafirmada mais tarde pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos *Centrafarm/Sterling Drug*⁶⁹, *Corinne Bodson*⁷⁰ e *Ahmed Saeed*⁷¹, sustentando que o então artigo 85.º do Tratado CEE, actual artigo 101.º do TFUE, não era aplicável “(...) quando a concertação em causa for realizada por empresas pertencentes ao mesmo grupo, na qualidade de sociedade-mãe e filial, e constituindo uma unidade económica no interior da qual a filial não beneficia de real autonomia na determinação do seu comportamento no mercado(...)”⁷².

Posição curiosa foi a do TJUE num acórdão seu de Maio de 2018, em que, após fazer notar aquela que tem vindo a ser a jurisprudência relativamente à aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos ou práticas concertadas entre empresas que constituem uma unidade económica, refere o seguinte:

“(...) há que salientar que, em qualquer caso, o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 2.º da Directiva 2004/18/CE é violado caso se admita que os proponentes interligados podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas, isto é, não autónomas nem independentes, que sejam suscetíveis de, desta forma,

Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, processo C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, n.º 46.

⁶⁸ Vd. decisão da Comissão de 18 de Junho de 1969, *Christiani & Nielsen*, processo IV/22548.

⁶⁹ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Outubro de 1974, *Centrafarm BV e Adriaan de Peijper contra Sterling Drug Inc.*, processo 15/74, EU:C:1974:114.

⁷⁰ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1988, *Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des Régions libérées*, processo 30/87, EU:C:1988:225.

⁷¹ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, processo 66/86, EU:C:1989:140.

⁷² Idem. n.º 35.

lhes conferirem vantagens injustificadas face aos outros proponentes, não sendo necessário examinar se a apresentação de tais propostas constitui também um comportamento contrário ao artigo 101.º TFUE.”⁷³

O artigo 2.º da Directiva 2004/18/CE tem hoje correspondência no artigo 18.º da Directiva 2014/24/UE que também consagra o princípio da igualdade de tratamento. O tribunal parece sustentar que, ainda que o artigo 101.º do TFUE não seja aplicável nestas situações, deve admitir-se que nos casos em que as propostas apresentadas por proponentes interligados constituem, material e substancialmente, uma prática restritiva da concorrência, que lhes confere uma vantagem concorrencial em relação aos demais proponentes, estão a violar o princípio da igualdade de tratamento. Por último, o tribunal refere que uma vez violado aquele princípio, não é necessário analisar se existe também uma violação do artigo 101.º do TFUE.

Esta afirmação do tribunal será objecto de uma análise mais pormenorizada *infra*, a propósito dos mecanismos para proceder à exclusão de propostas.

6. Breves notas sobre o Código das Sociedades Comerciais: empresas em relação de grupo ou domínio

A estrutura societária comporta diversas vantagens, nomeadamente económicas, organizativas, financeiras e jurídicas. A atribuição de personalidade jurídica colectiva, enquanto ficção jurídica, permite o isolamento do património da pessoa singular, porque se não fosse assim, as pessoas singulares não tinham estímulo para desenvolver certas actividades, pois o risco de ver afectado o seu património ao levarem a cabo determinada actividade seria dissuasor da actividade empresarial. No entanto, quer no Direito da Concorrência quer no Direito Comercial, encontramos situações de relativização desta ideia em homenagem a outro tipo de interesses, nomeadamente, quando a personalidade colectiva é utilizada como um esquema organizatório e funcional para facilitar a forma de relacionamento, o

⁷³ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 29.

que normalmente se revela em situações de relação de controlo de uma sociedade sobre outras, relações essas que chegam a ser tão intrínsecas, que, na prática, é como se uma actuasse como instrumento da outra. É aqui que surgem outro tipo de questões que podem levar a relativizar o critério da personalidade.

O Código das Sociedades Comerciais⁷⁴, no n.º 1 do artigo 1.º, define sociedades comerciais como “(...) *aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade em nome colectivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções.*”

O Título VI do Código das Sociedades Comerciais regula, na terminologia do Código, as sociedades coligadas, ou seja, as sociedades que estabeleçam relações entre si. Estas relações podem ser de simples participação, de participação recíproca, de domínio e de grupo⁷⁵.

Nos termos do artigo 486.º do CSC, estamos perante sociedades em relação de domínio quando uma das sociedades, a dominante, pode exercer, por intermédio de uma das formas indicadas naquela norma, sobre outra, a sociedade dependente, uma influência dominante. Esta influência é objecto de presunção quando a sociedade dominante, directa ou indirectamente:

- a) Detém uma participação maioritária no capital;
- b) Dispõe de mais de metade dos votos;
- c) Tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização.

Estes três indicadores utilizados no CSC para presumir a existência de uma relação do domínio, são os mesmos a que o legislador recorreu no n.º 2 do artigo 3.º do RJC para aferir a existência de laços de interdependência e considerar várias empresas como uma só⁷⁶.

⁷⁴ Vd. Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de Setembro, na sua redacção actual dada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

⁷⁵ Vd. artigo 482.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁷⁶ Excepciona-se a alínea d) do n.º 2 do artigo 3.º do RJC que não tem correspondência no n.º 2 do artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais.

O Capítulo III do Título VI do Código das Sociedades Comerciais é dedicado às sociedades em relação de grupo.

A relação de grupo pode ser constituída por domínio total, por contrato de grupo paritário ou por contrato de subordinação.

Os grupos constituídos por domínio total podem ser de domínio total inicial de que trata o artigo 488.º do CSC, ou superveniente, a que se refere o artigo 499.º do CSC.

No caso dos grupos constituídos por domínio total inicial, uma sociedade constitui outra, da qual é inicialmente a única titular, constituindo assim um grupo. São grupos de domínio total superveniente, aqueles em que uma sociedade venha a adquirir o domínio total de outra, de acordo com o previsto nos artigos 483.º e 489.º do CSC, formando um grupo.

Nos termos do artigo 492.º e seguintes do CSC, é ainda possível a criação de um grupo por intermédio de contrato de grupo paritário, que consiste na constituição de um grupo de sociedades mediante um contrato pelo qual duas ou mais sociedades aceitam submeter-se a uma direcção unitária comum.

O contrato de subordinação, a que se refere o artigo 494.º do CSC, consiste no acto de uma sociedade subordinar a gestão da sua actividade à direcção de outra, que pode ou não ser sua dominante.

Nas relações de grupo ou domínio, observa-se uma característica, a da unidade de direcção económica, que se manifesta de forma diferente nas relações de domínio e nas relações de grupo. Nas relações de grupo, uma das sociedades detém a possibilidade de exercer uma influência dominante sobre as demais através de um instrumento de domínio, como uma participação maioritária de capital ou do direito de voto; nas relações de domínio, existe um efectivo exercício da influência dominante⁷⁷.

⁷⁷ Vd. Almeida, João Amaral e, "A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública", in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017.

Em qualquer destes casos, apesar da existência de personalidade jurídica própria de cada sociedade, o que importa à sociedade-mãe é a maximização da eficiência e do lucro da organização como um todo. A relação que as une, é apenas uma forma de organização que procura retirar proveito da individualização jurídica de cada um dos seus membros. Trata-se de uma estrutura na qual cada uma das sociedades mantém a sua personalidade jurídica, não obstante os poderes que a sociedade-mãe tem perante as restantes sociedades.

7. Análise da jurisprudência europeia e nacional

A limitação de acesso dos operadores económicos aos procedimentos de contratação pública suscita, muitas vezes, questões juridicamente delicadas.

Uma dessas situações é a participação de empresas em relação de grupo ou domínio em procedimentos de contratação pública.

O Direito da Contratação Pública, como já vimos *supra*, admite que sejam candidatos ou concorrentes as pessoas singulares e colectivas, não existindo no Código qualquer restrição nos casos em que os operadores económicos que se apresentam ao procedimento, mantenham entre si qualquer laço de interdependência.

A participação simultânea de empresas que se encontram em relação de grupo ou de domínio em procedimentos adjudicatórios tem sido alvo de desconfiança, em especial, por parte das entidades adjudicantes. Este clima de desconfiança surge especialmente quando da análise das propostas resulta a identificação de elementos propícios a revelar a existência de conluio.

A jurisprudência dos tribunais administrativos nacionais pronunciou-se várias vezes sobre esta questão, num momento inicial, sempre ou quase sempre, no sentido da exclusão das propostas das empresas que se encontravam naquela situação.

O ponto de viragem da jurisprudência nacional aconteceu após o acórdão do TJUE no caso *Assitur*⁷⁸.

É hoje claro, quer ao nível da jurisprudência nacional quer da jurisprudência dos tribunais da União Europeia, que não é possível à entidade adjudicante excluir, sem mais, as propostas de concorrentes que se encontrem em relação de grupo ou domínio.

No entanto, esta questão continua a gerar alguma controvérsia, porque uma vez verificada a existência de uma prática anti-concorrencial, torna-se difícil proceder à exclusão das propostas daqueles operadores económicos.

A interacção entre Direito da Concorrência e Direito da Contratação Pública é por vezes, como já referimos, objecto de divergências com origem no quadro jurídico próprio de cada um. Exemplo desta divergência é o artigo 3.º do RJC e o artigo 53.º do CCP. Esta diversidade de conceitos dificulta, como veremos, a possibilidade de aplicação do Direito da Concorrência à contratação pública.

7.1. Análise da jurisprudência europeia

Como já tivemos oportunidade de referir, a jurisprudência dos tribunais da União Europeia, nomeadamente, a interpretação que estes fazem das normas presentes no TFUE e nas Directivas, é essencial para proceder à análise deste tema.

Esta jurisprudência foi, e continua a ser, essencial no desenvolvimento da jurisprudência nacional, tal como veremos *infra*.

Assim, não poderíamos deixar de analisar alguns dos mais relevantes acórdãos produzidos sobre o tema.

⁷⁸ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317.

7.1.1. Acórdão Assitur⁷⁹

Em 2003, a *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* lançou um concurso público para a adjudicação de um contrato para a prestação de serviços postais, no qual se aplicava uma norma de direito italiano que não permitia que se apresentassem isoladamente, no mesmo procedimento, entidades que tivessem entre si relações societárias de domínio ou de grupo. Apresentaram-se três empresas ao procedimento: a *SDA Spa*, a *Poste Italiane Spa* e a *Assitur Srl*.

A totalidade das acções da *SDA* eram detidas pela *Attività Mobiliari Spa*, que por sua vez, era inteiramente participada pela *Poste Italiane*. Tendo em conta a proibição acima referida, a *Assitur* requereu a exclusão da *SDA* e da *Poste Italiane*, requerimento que acabou indeferido, sendo o contrato adjudicado à *SDA*.

Em sede de reenvio prejudicial, o órgão jurisdicional italiano questionou o Tribunal de Justiça, em síntese, sobre a compatibilidade da legislação nacional, que estabelecia a referida proibição, com o artigo 29.º da Directiva 92/50/CEE⁸⁰ e com dos princípios gerais do direito comunitário em matéria de contratos públicos, nomeadamente, o princípio *favor participationis*.

Na origem daquela proibição estava uma lei italiana, a *Legge Merloni*⁸¹ (Lei n.º 415, de 18 de Novembro de 1998), cujo funcionamento criava incentivos a que os concorrentes apresentassem múltiplas propostas com o objectivo de influenciar o cálculo do preço anormalmente baixo⁸², aumentando assim a

⁷⁹ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317.

⁸⁰ Vd. Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

⁸¹ Fazendo um enquadramento da legislação italiana em causa e em especial da *Legge Merloni*, Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, páginas 30 a 37.

⁸² Muito resumidamente, era utilizada uma fórmula em que se procedia à adjudicação da proposta cujo preço se aproximasse do limiar do preço anormalmente mais baixo que era determinado em função da média dos preços das propostas admitidas. As propostas irregulares, abaixo daquele limiar, eram automaticamente excluídas. Este método de selecção da proposta vencedora, levava a que os concorrentes que dispunham daquelas relações

probabilidade de sucesso das propostas apresentadas. Esta situação levou o legislador italiano a excluir do processo de adjudicação as empresas que apresentassem entre si relações de domínio ou de grupo, por entender que aquelas sociedades não estavam em condições de apresentar propostas autónomas por se encontrarem numa estreita comunhão de interesses.

O TJUE entendeu que a existência de uma relação societária de domínio ou de grupo não seria, por si só, motivo suficiente, para proceder à exclusão das propostas. O TJUE considerou que a norma italiana reduzia consideravelmente a concorrência a nível comunitário e que era obrigação da entidade adjudicante, antes de optar pela exclusão, verificar a eventual incidência negativa daquela participação no procedimento em causa.

O TJUE admite neste acórdão que os Estados-Membros possam prever, nos seus ordenamentos jurídicos, motivos de exclusão que não se encontrem previstos nas Directivas Europeias de contratação pública, com a ressalva de que esses motivos de exclusão não devem ultrapassar o que é necessário para alcançar o objectivo⁸³.

O TJUE sustentou ser contrário ao Direito da União Europeia, uma presunção inilidível⁸⁴ da qual se retira que o comportamento das sociedades em relação de grupo ou de domínio é influenciado ou controlado pela sociedade-mãe. Deve então, ser dada a possibilidade de os operadores económicos, naquela situação, poderem fazer prova do contrário.

Ainda assim, como refere João Amaral e Almeida⁸⁵, existindo situações em que se verifique que a relação societária dos concorrentes influenciou o normal

societárias apresentassem propostas de forma a influenciar o valor do preço anormalmente baixo.

⁸³ Neste sentido o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2005, *Fabricom SA contra Estado Belga*, processos apensos C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127.

⁸⁴ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 2008, *Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e Ypoyrgos Epikrateias*, processo C-213/07, EU:C:2008:731.

⁸⁵ Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, página 22.

desenvolvimento do procedimento e/ou o seu resultado, compete à entidade adjudicante identificar a situação e tomar as medidas adequadas⁸⁶.

Sobre a exclusão motivada pela afectação do normal funcionamento do procedimento, o TJUE deixa uma referência importante quando refere que “(...) *a questão de saber se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respectivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso público exige um exame e uma apreciação dos factos que cabe às entidades adjudicantes efectuar. A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão.*”⁸⁷ No entanto, o tribunal não indica qual a base normativa para proceder à exclusão, provavelmente, porque com esta passagem queria o TJUE referir-se, de um modo geral, às situações em que existem perturbações do normal desenvolvimento do procedimento, e não especificamente às práticas anti-concorrenciais no sentido estrito que lhes é dado pelo Direito da Concorrência. Queria sim referir-se ao comportamento dos concorrentes no âmbito do procedimento, nomeadamente, nos casos específicos de empresas com relações de grupo ou domínio e na influência que pode ser exercida pela empresa-mãe⁸⁸.

7.1.2. Acórdão *Lloyd's of London*⁸⁹

A *Arpacal* lançou um concurso público para a adjudicação de uma prestação de serviços de seguros, cujo contrato seria adjudicado segundo o critério da oferta economicamente mais vantajosa, no qual participaram a *Arch* e a *Tokio Marine Kiln*, ambos sindicatos membros da *Lloyd's* e cujas propostas

⁸⁶ No entanto, como já tivemos oportunidade de analisar *supra*, estes casos não se podem reconduzir às práticas restritivas da concorrência a que se refere o artigo 9.º do RJC.

⁸⁷ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 32.

⁸⁸ Neste sentido, Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, páginas 28 e 29.

⁸⁹ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78.

foram assinadas pelo mandatário especial do representante geral da *Lloyd's* para Itália.

Aqui, à semelhança do que havia acontecido no acórdão *Assitur*, estava em causa uma norma do Código dos Contratos Públicos italiano, segundo a qual, os proponentes ou concorrentes que se encontrassem, relativamente a outro, numa relação de grupo, domínio ou outra prevista no Código Civil italiano, não podiam participar em procedimentos de adjudicação nem celebrar contratos de subempreitada, relativos a essas adjudicações, se aquela relação societária implicasse que as propostas fossem imputáveis a um único centro de decisão.

O facto de as propostas terem sido formuladas e assinadas pela mesma pessoa, o mandatário especial do representante geral da *Lloyd's* para Itália, levou a que a entidade adjudicante excluísse aqueles concorrentes, por entender que dali se retirava que as propostas apresentadas eram imputáveis ao mesmo centro de decisão.

Assim, resumidamente, estava em causa saber se a legislação de um Estado-Membro poderia consagrar a possibilidade de excluir dois concorrentes, que participavam no mesmo procedimento de contratação pública, por as respectivas propostas terem sido assinadas pela mesma pessoa.

O TJUE considerou que os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação, decorrentes dos artigos 49.º e 56.º do TFUE e mencionados no artigo 2.º da Directiva 2004/18/CE⁹⁰, devem ser interpretados no sentido de não permitir a exclusão daqueles dois concorrentes “(...) pelo simples motivo de as respetivas propostas terem sido assinadas pelo representante geral da *Lloyd's* para esse Estado-Membro (...)”⁹¹.

Ainda quanto à questão da assinatura das propostas, é referido no acórdão, que a jurisprudência italiana já se tinha pronunciado sobre a estrutura especial da *Lloyd's*, concluindo que “(...) quando vários sindicatos subscritores da *Lloyd's* participem num mesmo concurso público, a assinatura pelo

⁹⁰ Que tem correspondência no n.º 1 do artigo 18 da actual Directiva 2014/24/UE.

⁹¹ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 46.

*representante da Lloyd's para Itália do dossiê de candidatura e da proposta económica desses sindicatos não dá lugar a uma violação (...) dos princípios da concorrência, da autonomia e da confidencialidade das propostas*⁹².

Um pouco dentro desta linha de pensamento, o TJUE entendeu que a exclusão não era admissível, porque considerou que a organização societária em que os concorrentes se inseriam não excluía “(...) *forçosamente que as empresas dominadas gozem de uma certa autonomia na condução da sua política comercial e das suas atividades económicas, designadamente no domínio da participação em adjudicações públicas*”⁹³, e como tal, veio admitir que as relações entre aquelas empresas podiam “(...) *ser regidas por disposições especiais suscetíveis de garantir tanto a independência como a confidencialidade quando da elaboração de propostas que são simultaneamente apresentadas pelas empresas em causa no âmbito de um mesmo concurso* (...)”⁹⁴.

O tribunal já tinha proferido idêntica afirmação no acórdão *Assitur*⁹⁵, no entanto, parece aqui levar mais longe esta ideia, pois, naquele caso, não se colocava a questão de a assinatura aposta nas propostas pertencer à mesma pessoa. Pela especificidade organizacional da entidade em causa, admite-se que possa ter sido respeitada a questão da autonomia, já quanto ao sigilo, é mais difícil conceber que quem assina não teve, em momento algum, conhecimento do conteúdo das propostas, ou seja, não as tendo lido.

Certo é que o TJUE não forneceu mais elementos relativos à questão, tendo mesmo ficado por esclarecer algumas questões relativas ao caso, pois o tribunal refere que, admitindo que o representante da *Lloyd's* tenha tido conhecimento das propostas quando as assinou, a “(...) *assinatura não demonstra, em si mesma, que os sindicatos se tenham concertado quanto ao*

⁹² Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 19.

⁹³ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 37.

⁹⁴ *Idem.* n.º 37.

⁹⁵ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 31.

conteúdo das respetivas propostas e que, portanto, as relações entre eles assim como a intervenção do mandatário especial do representante geral da Lloyd's tenham exercido uma influência concreta nessas propostas"⁹⁶. O que não fica claro é qual o procedimento interno adoptado, visto que, o tribunal refere que as declarações escritas da Lloyd's explicam que o representante legal, além de assinar, transmite informações aos sindicatos e submete documentos à entidade adjudicante, não participando em momento algum "(...) na formação da vontade de cada sindicato(...)"⁹⁷.

Em todo o caso, admitindo que o representante nada mais faz do que transmitir informações ou submeter documentos e praticar o acto formal de assinatura, é certo que não decorre daí que tenha influenciado o conteúdo das propostas.

Em contrapartida, veio o tribunal admitir a exclusão das propostas quando "(...) se verificar, com base em elementos incontestáveis, que as suas propostas não foram formuladas de forma independente"⁹⁸.

De novo, e no seguimento do que já tinha decidido no acórdão *Assitur*, o Tribunal de Justiça sustentou que a exclusão automática das propostas, por constituir uma presunção inilidível, violava o princípio da proporcionalidade e era "(...) contrária ao interesse da União de que seja assegurada a participação mais ampla possível de proponentes num concurso público"⁹⁹.

7.1.3. Acórdão *Specializuotas transportas*¹⁰⁰

Mais recentemente, em Maio de 2018, no caso *Specializoutas transportas*, o TJUE voltou a pronunciar-se sobre questões relacionadas com a participação

⁹⁶ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 40.

⁹⁷ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 43.

⁹⁸ Idem n.º 46.

⁹⁹ Idem n.º 36, sublinhado nosso.

¹⁰⁰ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324.

simultânea de empresas com ligações societárias, o qual envolvia também, matéria relativa à questão do conflito de interesses.

No caso em apreço no acórdão, o Centro de Tratamento de Resíduos da Região de *Šiauliai*, havia lançado um concurso público para adjudicação de um contrato para aquisição de serviços de recolha dos resíduos urbanos e seu transporte para o local de tratamento, no qual apresentaram propostas quatro operadores económicos, sendo que dois deles, a *Specialus autotransportas UAB* e a *Specializuotas transportas UAB* (que o tribunal denominou de A e B e que por facilidade de identificação iremos aderir), eram detidos, maioritariamente¹⁰¹, pela *VSA Vilnius UAB*.

A legislação nacional aplicável ao concurso não previa expressamente a obrigação dos proponentes declararem as suas ligações a outros operadores que participassem no mesmo concurso, nem obrigava a entidade adjudicante a proceder a essa verificação, obrigações que, também, não decorriam das peças do procedimento. Apesar de tal obrigação não resultar da lei nem das peças do procedimento, o concorrente B, a quem viria a ser adjudicado o contrato, apresentou, junto com a proposta, uma declaração onde referia que se apresentava ao procedimento de forma autónoma e independente de outros operadores económicos a quem pudesse estar ligado.

O concorrente classificado imediatamente a seguir, requereu à entidade adjudicante, e que esta viria a indeferir, a exclusão das propostas dos concorrentes A e B, por entender que estavam em causa propostas variantes que não eram admitidas naquele procedimento.

Uma vez chamados os tribunais nacionais a pronunciarem-se sobre o caso, decidiu o Tribunal Regional da *Šiauliai* pela anulação da decisão da entidade adjudicante. Decisão esta que viria ser confirmada pelo tribunal nacional de recurso.

¹⁰¹ Refere o advogado-geral Manuel Campos Sánchez-Bordona na nota de rodapé n.º 7 das suas conclusões que, de acordo com o despacho de reenvio, "(...) a sociedade-mãe detém, respetivamente, 100% e 98.12% das ações dos proponentes A e B, cujos conselhos de administração são compostos pelas mesmas pessoas.", – Conclusões do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona apresentadas em 22 de Novembro de 2017, no acórdão *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, ECLI:EU:C:2017:883. Também o n.º 9 do acórdão.

Ambas as instâncias jurisdicionais nacionais entenderam que a entidade adjudicante não tomou as diligências necessárias para verificar se as ligações societárias entre A e B influenciavam a concorrência, entre eles, naquele procedimento, e consideraram, também, insuficiente a declaração de honra apresentada por B, por entenderem que ambos os concorrentes deveriam ter declarado à entidade adjudicante a sua ligação.

Interposto recurso para o tribunal de reenvio, este veio questionar o Tribunal de Justiça sobre, nomeadamente, a obrigação dos concorrentes declararem as suas ligações à luz dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação previstos no artigo 2.º da então vigente Directiva 2004/18/CE, sobre a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE ao caso concreto e sobre a posição da entidade adjudicante perante uma situação como a que se encontrava ali em discussão.

O Tribunal de Justiça, vem, uma vez mais, seguir aquela que já tinha sido a sua posição relativamente ao acórdão *Assitur* e recorda que não existe no Direito da União Europeia qualquer norma que proíba, de uma forma geral, a participação simultânea, em procedimentos de contratação pública, de empresas que se encontrem ligadas por relações societárias, sendo contrário “(...) a uma aplicação eficaz do direito da União excluir sistematicamente empresas interligadas do direito de participar num mesmo processo de adjudicação de um contrato público(...)”¹⁰².

O Tribunal de Justiça reiterou que é necessário ter em conta que as empresas dominadas podem ter certa margem de autonomia aquando da participação em procedimentos de contratação pública, recordando que, apesar das relações societárias que as unem, podem existir entre elas disposições contratuais, ou de outra natureza, que estabeleçam medidas destinadas a garantir que aquelas relações não interferem com a respectiva participação nos procedimentos adjudicatórios, salvaguardando a independência e confidencialidade das suas propostas.

¹⁰² Assim, o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 21 e também o acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 26 e 28.

No que respeita à questão que se prende com a obrigatoriedade de declarar à entidade adjudicante a existência de ligações a outro concorrente que participa no mesmo procedimento, sem que essa obrigação se encontre legalmente estabelecida ou prevista nas peças do procedimento, o Tribunal de Justiça concluiu que, nestas circunstâncias, os operadores económicos não são obrigados a informar a entidade adjudicante, por sua iniciativa, das ligações societárias que os ligam, e como tal, a entidade adjudicante deve tratar essas propostas “(...) *como uma proposta regular em conformidade com as disposições da Directiva 2004/18/CE, desde que não existam indícios de que as propostas apresentadas pelos proponentes interligados são coordenadas ou concertadas*”¹⁰³.

Ainda a propósito desta questão, e de não existir obrigatoriedade de declarar à entidade adjudicante as ligações societárias entre concorrentes quando se verifiquem aquelas circunstâncias, o tribunal recorda que a entidade adjudicante deve ter um papel activo na aplicação dos princípios orientadores dos procedimentos de contratação pública¹⁰⁴.

Quanto à questão da aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE, o tribunal veio reafirmar, aquela que já é a sua jurisprudência constante, de que, a norma não se aplica aos acordos ou práticas concertadas levadas a cabo por empresas que constituam uma unidade económica, questão que já tivemos oportunidade de analisar *supra*.

Uma vez mais, o Tribunal de Justiça sustentou, como já vinha referindo desde o acórdão *Assitur*, que a mera constatação da existência de uma relação societária entre concorrentes não é suficiente para se decidir pela sua exclusão, sendo necessário verificar que aquelas ligações influenciaram a independência das propostas. Aqui, encontradas provas directas ou indícios

¹⁰³ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 25.

¹⁰⁴ Assim, o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 31 e o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015, *eVigilo Ltd contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, processo C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 42.

objectivos de que as ligações entre concorrentes influenciaram o conteúdo das propostas, pode a entidade adjudicante proceder à sua exclusão.

Foi a propósito da exclusão das propostas que o tribunal proferiu considerações interessantes. Ora, no que respeita à inaplicabilidade do artigo 101.º do TFUE às empresas que constituem uma unidade económica, o TJUE considerou que, não estando em causa uma unidade económica, o princípio da igualdade de tratamento, previsto no artigo 2.º da então vigente Directiva 2004/18/CE (que tem correspondência no artigo 18.º da actual Directiva 2014/24/UE), “(...) é violado caso se admita que os proponentes interligados podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas (...) que sejam suscetíveis de, desta forma, lhes conferirem vantagens injustificadas face aos outros proponentes (...)”¹⁰⁵, casos em que o tribunal sustentou não ser necessário verificar se os factos consubstanciam, também, uma violação do artigo 101.º do TFUE.

Com esta afirmação o tribunal parece admitir a exclusão das propostas sem que esta se encontre expressamente consagrada¹⁰⁶, bastando para tal a violação de um princípio a que a Directiva atribui protecção legal. Ou seja, dispensando a aplicação do artigo 101.º do TFUE, o tribunal admite a exclusão de propostas que não sejam autónomas e independentes, quando estas violem, neste caso, o princípio da igualdade de tratamento, porque este princípio “(...) opõe-se à adjudicação do contrato aos proponentes que tenham apresentado tais propostas”¹⁰⁷.

Outra matéria importante que o tribunal trouxe à colação foi a questão do conflito de interesses. A ideia de que a entidade adjudicante se encontra obrigada a “(...) verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar (...)”¹⁰⁸ esses

¹⁰⁵ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324 n.º 29

¹⁰⁶ Tal como acontece, nomeadamente, no n.º 2 do artigo 70 do CCP.

¹⁰⁷ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324 n.º 40.

¹⁰⁸ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015, *eVigilo Ltd contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, processo C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 43.

conflitos, que o Tribunal de Justiça foi recuperar do acórdão *eVigilo*, pode trazer para a discussão outra perspectiva de encarar estes casos.

No acórdão *eVigilo*, o tribunal referia-se à questão do conflito de interesses, por estar ali a questionar-se a parcialidade dos peritos nomeados pela entidade adjudicante, ou seja, estava em causa um conflito de interesses porque a entidade adjudicante tinha seleccionado um perito que teria relações profissionais, com outros profissionais, indicados numa das propostas apresentadas. Em contrapartida, no acórdão *Specializuotas transportas* o que o tribunal analisava era, em geral, as relações societárias entre os concorrentes, parecendo assim dar indicação de que, também, estes casos podem consubstanciar uma situação de conflito de interesses, questão que analisaremos *infra*.

7.2. A recepção da jurisprudência europeia pelos tribunais nacionais

A maioria da jurisprudência nacional anterior ao acórdão *Assitur* apontava no sentido da exclusão das propostas de sociedades em relação de grupo ou de domínio que participassem, simultaneamente, no mesmo procedimento pré-contratual.

Ainda que se considere que o ponto de viragem daquela posição ocorreu com o acórdão *Assitur*, e apesar de os tribunais portugueses se referirem expressamente àquela jurisprudência do TJUE, encontramos na jurisprudência nacional, que se pronunciou sobre esta questão, o entendimento de que a coordenação de concorrentes e a existência de práticas restritivas da concorrência se extraem, entre outros, de elementos como a identidade de administrações e/ou identidade dos signatários das propostas; identidade da estrutura formal e gráfica das propostas e identidade de preços. Estes elementos, úteis para identificar, nomeadamente, a existência de indícios de uma prática concertada entre concorrentes, em qualquer procedimento, podem

nestes casos ser apenas o reflexo da relação societária existente entre os concorrentes em causa.¹⁰⁹

O elemento que a jurisprudência tem considerado mais flagrante e revelador do conhecimento do conteúdo das propostas, e talvez também o mais discutível, é o que se prende com a assinatura das propostas pelas mesmas pessoas, também muitas vezes membro dos órgãos sociais das duas empresas, facto que motivou, por várias vezes, a exclusão de propostas.

Como será possível verificar de seguida, é frequente, na jurisprudência nacional, a utilização do conceito de empresa, utilizado para efeitos do Direito da Concorrência, aquando da análise da questão à luz do Direito da Contratação Pública e da aplicação do Código dos Contratos Públicos, em especial quando se recorre à alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP para excluir as propostas.

Tal como a jurisprudência do TJUE, também a jurisprudência nacional deve ser objecto de análise nesta questão que se afigura sensível pela necessidade de conjugar as diversas áreas do Direito. Assim, cabe realizar uma análise, não exaustiva, da jurisprudência nacional sobre o tema.

Ainda antes do acórdão *Assitur*, o Tribunal de Contas, no seu acórdão n.º 96/2009 de 28/04/2009, processo n.º 47/09, no qual estava em causa a apresentação de propostas por empresas em relação de domínio, assinadas por administradores comuns, concluiu que aquelas sociedades, apesar de “(...) *juridicamente distintas, devem, para efeitos concursais e de concorrência, ser consideradas como uma única empresa, pelo que a admissão de duas propostas apresentas*”¹¹⁰ (...) *configura uma violação do princípio da concorrência (...), por tal se consubstanciar na apresentação de duas propostas por uma única empresa*”. O tribunal sustentou a exclusão das propostas por estas violarem o programa do procedimento e por consubstanciarem uma prática restritiva da concorrência, aplicando o artigo 53.º, n.º 1 do então vigente Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

¹⁰⁹ Neste sentido, Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2 Maio/Agosto, Coimbra, CEDIPRE, 2011, página 105.

¹¹⁰ Onde no texto do acórdão, por lapso, se lê “*apresentas*” deve ler-se *apresentadas*.

O Tribunal de Contas, considerou aquelas empresas, ligadas por uma relação de domínio, como se fossem uma única empresa “(...) *para efeitos concursais e de concorrência*(...)”. O tribunal recorreu ao conceito de empresa utilizado no Direito da Concorrência para considerar que estava perante uma única empresa também no âmbito do procedimento de contratação pública. Além desta consideração, o tribunal decidiu no sentido da exclusão das propostas por existir uma violação do Direito da Concorrência, o que não é possível quando as práticas restritivas a que se refere o actual artigo 9.º do RJC ocorrem intra-empresa, como já tivemos oportunidade de analisar *supra*.

Aqui, já em momento posterior à decisão do TJUE no acórdão *Assitur*, o TCAS, em acórdão de 25/03/2010, processo n.º 05806/09, vem sustentar que a exclusão automática das propostas viola o princípio da proporcionalidade, alertando para a necessidade de se avaliar o seu conteúdo. No entanto, o tribunal considerou que o facto de ambas as propostas estarem assinadas por um administrador comum, era suficiente para afirmar que não se verificava a sua confidencialidade, o que violaria o princípio da igualdade, visto que existiria mútuo conhecimento daquelas propostas em momento anterior à sua abertura pública.

Novamente o TCAS, em acórdão de 11/08/2010, processo n.º 05146/09, vem seguir aquela que foi a posição do TJUE no acórdão *Assitur* e sustentar que a estrutura societária em que se inserem os concorrentes ao procedimento não é, por si só, subsumível ao conceito de práticas restritivas da concorrência quando decidam concorrer isolada e simultaneamente no mesmo procedimento. Entendeu o tribunal que, tal como acontece nos casos em que entre os concorrentes não existe qualquer ligação societária, é necessário que da prova produzida pela análise das propostas resulte que houve troca de informações aquando da sua formulação, permitindo-lhes assim avançar com duas propostas concertadas e não sigilosas, potenciando as hipóteses de escolha de uma delas.

Em sentido contrário à exclusão das propostas apenas por estas pertencerem a concorrentes que se encontravam em relação de grupo, o acórdão do TCAS de 30/09/2010, processo n.º 06517/10. O tribunal, seguindo

adequadamente a jurisprudência do acórdão *Assitur*, decidiu que não se devia manter a decisão da entidade adjudicante no sentido de exclusão das propostas, porque a questão de saber se a relação de grupo teve influência sobre o conteúdo das mesmas exige que se analisem os factos e que exista prova do comportamento anti-concorrencial, função que compete à entidade adjudicante, o que não se tinha verificado.

Também o Tribunal Central Administrativo Sul em acórdão de 31/08/2010, processo n.º 06516/10, confrontado com a participação simultânea de empresas em relação de grupo no mesmo procedimento, concluiu que, apesar de as empresas serem juridicamente distintas, “(...) *são consideradas sociedades coligadas para efeitos concursais e de concorrência, por se encontrarem em situação de relação de grupo(...)*”, pelo que entendeu o tribunal estar em causa uma única empresa que dispunha de uma vantagem em relação aos demais concorrentes. A decisão do tribunal foi no sentido da exclusão das propostas por violação da regra do programa do concurso, segundo a qual, cada concorrente apenas pode apresentar uma proposta (n.º 7 do artigo 59.º do CCP).

A argumentação do tribunal falha ao considerar que estamos perante uma única empresa. É certo que assim é quando aplicamos o conceito de empresa para efeitos do Direito da Concorrência, mas não quando estamos no âmbito de aplicação do CCP, onde concorrente é qualquer pessoa singular ou colectiva. Ou seja, aqueles concorrentes em relação de grupo mantêm a sua autonomia jurídica e são, como tal, concorrentes nos termos do artigo 53.º do CCP, pelo que as propostas pertencem a concorrentes distintos. Assim decidiu o Supremo Tribunal Administrativo, no acórdão de 10 de Janeiro de 2011, processo n.º 0851/10, que na linha do que foi referido pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Assitur*, sustentou não ser proibida e não configurar uma prática restritiva da concorrência, por si só, a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram entre si numa relação de domínio ou de grupo. O tribunal sustentou que só perante as circunstâncias concretas da actuação das empresas no procedimento e da análise das propostas é que se pode avaliar se foi falseada a concorrência, e

não através de uma presunção com origem na existência de uma relação societária de domínio.

Também tendo presente o acórdão *Assitur*, mas não afastando a possibilidade de exclusão das propostas por práticas restritivas da concorrência com fundamento na alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, o acórdão do STA de 31/03/2011, processo n.º 017/11 e os acórdãos do TCAS de 03/02/2011, processo n.º 06545/10; de 12/05/2011, processo n.º 07536/11; de 26/11/2015, processo n.º 12542/15 e de 02/06/2016, processo n.º 13205/16.

Num caso com contornos ligeiramente diferentes daqueles que temos vindo a analisar, o Tribunal de Contas, no seu acórdão n.º 15 de 14/10/2014, processo n.º 1061/2013, vem sustentar que, a assinatura das propostas pela mesma pessoa que assume um cargo de responsabilidade máxima na estrutura de ambas as sociedades, permite concluir que aquela pessoa conhecia o conteúdo das duas propostas, referindo inclusive que *“[R]econhecer que neste caso houve respeito pelo princípio da concorrência só seria possível desconsiderando completamente o ato de assinatura – afirmando-se pois que assinar um documento nada significa – ou acreditar no melhor dos mundos “panglossianos” da concorrência em que os concorrentes são e lealmente concorrem consigo próprios.”*

Os tribunais portugueses aplicaram, inicialmente, com alguns lapsos, a jurisprudência *Assitur*¹¹¹. No entanto a jurisprudência nacional tem evoluído no sentido de considerar que a participação simultânea de sociedades que integram o mesmo grupo, apesar de inseridas numa estrutura societária com o mesmo centro de decisão, têm personalidade jurídica própria e devem ser consideradas como concorrentes autónomos, apresentando cada uma a sua proposta, aplicando assim o artigo 53.º do CCP. No entanto continua por vezes a ser colocada a possibilidade de exclusão das propostas por práticas

¹¹¹ Assim, Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017.

restritivas da concorrência com fundamento na alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP¹¹², norma esta que teremos oportunidade de analisar.

8. A perturbação dos procedimentos

Como já vimos *supra*, é contrária ao Direito da União a norma que proíbe a participação, no mesmo procedimento, de empresas em relação de grupo ou domínio¹¹³, pelo que a mera existência de uma relação societária não é, por si só, motivo suficiente, para proceder à exclusão das propostas.

Compreende-se que uma norma que estabelece, de um modo geral, aquela proibição, é susceptível de reduzir a concorrência no mercado de contratação pública, especialmente quando se apoia numa presunção inilidível, como aconteceu no acórdão *Assitur*.

No entanto, quando o Tribunal de Justiça sustenta ser contrário ao Direito da União Europeia “(...) *excluire sistematicamente*(...)”¹¹⁴, do mesmo procedimento de contratação pública, as empresas ligadas por relações societárias, parece referir-se à norma que o faça em termos gerais e absolutos, ou seja, fazendo da exclusão a regra.

Na jurisprudência do TJUE que analisámos *supra*, o motivo da proibição, no caso dos acórdãos *Assitur* e *Lloyd's of London*, e da obrigação de informar a entidade adjudicante sobre as ligações entre concorrentes, no caso do acórdão *Specializuotas transportas*, tinha sempre subjacente o receio de que as propostas apresentadas por empresas ligadas entre si fossem prejudiciais para o procedimento. Ou seja, existia, naqueles casos, a preocupação de que os

¹¹² A alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP faz uma remissão para o Direito da Concorrência e os conceitos presentes naquela norma devem ser interpretados no sentido que o Direito da Concorrência lhes dá. Assim, como já vimos *supra*, o artigo 9.º do RJC não se aplica às práticas concertadas levadas a cabo por empresas que constituam uma unidade económica porque estamos perante uma só empresa.

¹¹³ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 28, e acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 35.

¹¹⁴ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 28.

operadores económicos com relações societárias, que apresentassem propostas concorrentes no mesmo procedimento concursal, pudessem subverter o procedimento e/ou falsear a concorrência.

Apesar de juridicamente podermos distinguir as diversas sociedades que integram determinado grupo ou que se encontram em relação de domínio, o motivo daquelas preocupações, parece dever-se, em parte, à percepção de que àquelas relações societárias está subjacente a seguinte linha de pensamento: como materialmente aquelas empresas são vistas como uma só, existe a ideia de que elas não vão concorrer entre si, tal como deve acontecer num procedimento de contratação pública.

Esta tentativa de proibição e a desconfiança relativamente às propostas apresentadas por aqueles operadores económicos pode, também, ter origem em perturbações a que tenham assistido em procedimentos anteriores ou com a, quiçá, elevada probabilidade e facilidade de aquelas empresas poderem perturbar o procedimento¹¹⁵ procurando que o contrato lhes seja adjudicado.

Aos referidos motivos acresce a dificuldade de prova de que, da relação societária existente entre concorrentes, resultou prejuízo para o procedimento ou para os outros concorrentes. Agravante desta situação é a adopção de medidas internas com vista a garantir a concorrência entre aqueles operadores económicos em procedimentos adjudicatórios, que tem contribuído para levantar um véu de desconfiança em relação à sua participação nos procedimentos, nomeadamente, quanto ao efectivo cumprimento daquelas medidas.

Como também já tivemos oportunidade de analisar, o Direito da União Europeia e o entendimento do Tribunal de Justiça vão no sentido de permitir a participação simultânea daquelas empresas, porque a possibilidade de, em geral, existir uma maior probabilidade de elas falsearem a concorrência ou

¹¹⁵ Assim, Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017.

desvirtuarem o normal funcionamento do procedimento adjudicatório não é motivo suficiente para estabelecer uma tal proibição.

Não obstante esta posição da jurisprudência, a doutrina tem vindo a sustentar que em alguns tipos de procedimentos, em casos especiais, deve ser admissível estabelecer certas limitações à participação de operadores económicos com ligações societárias. Não está em causa proibir a participação, nos procedimentos de contratação pública, de empresas em relação de grupo ou domínio ou ainda com relações de interdependência, o que se pretende com a criação de tais limitações é, antes, proteger determinados tipos de procedimentos, que pelo seu funcionamento ou pela forma como a entidade adjudicante os pretende desenhar, possam ver a sua finalidade afectada pela participação daqueles operadores económicos.

8.1. A adjudicação por lotes

A possibilidade de adjudicação em lotes a que se refere o artigo 46.º-A do CPP – e que tem correspondência no artigo 46.º da Directiva 2014/24/UE – visa, entre outros, incentivar a participação das PME's nos procedimentos de contratação pública¹¹⁶, procurando ultrapassar a dificuldade que estas empresas tinham em aceder aos procedimentos, por não terem capacidade de concorrer contra grandes empresas que, por se encontrarem em melhores condições de prestar serviços de grande dimensão a menor custo, viam, por regra, os contratos ser-lhes adjudicados. Esta solução, ainda que não seja a mais favorável para a entidade adjudicante, procura incrementar a concorrência no mercado.

Como medida adicional, o legislador estabeleceu, também, a possibilidade de a entidade adjudicante limitar a apresentação de propostas a determinado número de lotes (n.º 2 do artigo 46.º da Directiva 2014/24/UE, que apesar de

¹¹⁶ Assim, Sousa, Luís Verde de, “Algumas notas sobre a adjudicação por lotes”, in *e-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2 Novembro, Lisboa, ICJP/CIDP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a04.html>, página 73.

não estar prevista no CCP é admitida no considerando 79 daquela¹¹⁷) ou o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente (n.º 4, do artigo 46.º-A do CCP e o n.º 2, do artigo 46.º da Directiva 2014/24/UE).

A divisão do objecto da adjudicação por mais do que um operador económico é um dos motivos que levou o legislador a atribuir à entidade adjudicante a possibilidade de limitar a apresentação de propostas a um determinado número de lotes ou de fixar o número máximo de lotes a adjudicar por cada concorrente. Estas limitações permitem à entidade adjudicante prevenir efeitos perversos e contrários à intenção de adjudicar o objecto do procedimento a vários concorrentes¹¹⁸.

Está, também, na disponibilidade da entidade adjudicante, a possibilidade de proceder à adjudicação agregada de lotes (n.º 5, do artigo 46.º-A, do CCP e n.º 3, do artigo 46.º da Directiva 2014/24/UE), medida que pode levar ao afastamento das PME's, pelo já referido motivo de estas não se encontrarem em condições de competir com empresas de grande dimensão, que se encontram mais aptas a que lhe sejam adjudicados lotes agregados¹¹⁹.

Neste momento, estamos em condições de perceber porque se coloca aqui a questão de limitar a participação simultânea de concorrentes ligados entre si.

Face às referidas limitações legais a que a entidade adjudicante pode recorrer para desenhar um procedimento com adjudicação por lotes, os concorrentes ligados por relações societárias, podem estar numa posição privilegiada se concorrerem em simultâneo num mesmo procedimento com esta configuração. Assim, deve a entidade adjudicante ter e conta que, quando lança ao mercado um procedimento com as referidas características, podem surgir como concorrentes alguns operadores económicos, entre os quais

¹¹⁷ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha "O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública", in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹¹⁸ A ausência de uma limitação como esta poderia ter como efeito que todos os lotes fossem adjudicados ao mesmo concorrente por este se encontrar melhor posicionado no mercado em relação aos restantes.

¹¹⁹ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha "O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública", in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

existam relações societárias, que podem tentar contornar aquelas limitações, apresentando propostas a vários lotes, de forma a que lhes sejam adjudicados todos ou o maior número de lotes possível¹²⁰.

Apesar do exposto, encontramos autores que defendem que a participação de empresas com aquelas ligações em nada afecta o procedimento ou os demais concorrentes, assim entende João Amaral e Almeida referindo que “(...) *a participação simultânea e isolada (...) de duas ou mais sociedades comerciais coligadas, não impede, não dificulta nem altera a participação de terceiros concorrentes: é totalmente neutra em relação a estes.*”¹²¹

Posição diversa da que é assumida por João Amaral e Almeida é a de Nuno Cunha Rodrigues, posição à qual aderimos, que propõe que se estabeleçam limitações à participação de empresas com ligações societárias nos procedimentos de adjudicação por lotes, por a participação destas empresas no procedimento não ser neutra relativamente aos demais concorrentes¹²².

Se a mera probabilidade ou desconfiança não é motivo suficiente para colocar um impedimento à participação daqueles operadores económicos ou de permitir a sua exclusão, pode vislumbrar-se que o seja quando a sua participação no procedimento atente contra o objectivo e/ou contra o desenho

¹²⁰ Assim, Sousa, Luís Verde de, “Algumas notas sobre a adjudicação por lotes”, in *e-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2 Novembro, Lisboa, ICJP/CIDP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a04.html>, e também Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes, “*É de esperar, por isso, que face à limitação do número de lotes em relação aos quais podem ser apresentadas propostas ou do número máximo de lotes a adjudicar por concorrente (...), que concorrentes, ainda que juridicamente distintos, que mantenham uma unidade económica ou laços de interdependência entre si possam vir a submeter, no mesmo procedimento, várias propostas para diferentes lotes ou grupos de lotes procurando, dessa forma, contornar as limitações previamente fixadas pela entidade adjudicante*” (sublinhado nosso).

¹²¹ Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, página 51.

¹²² Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

do mesmo ou ainda com a *ratio* das normas que consagram determinado procedimento, como é aqui o caso da adjudicação por lotes.

8.2. Concurso limitado por prévia qualificação

No concurso limitado por prévia qualificação, enquanto procedimento de acesso limitado, cuja limitação decorre da própria lei (artigos 162.º e seguintes do CCP), existe um condicionamento prévio do princípio da concorrência, por não se pretender nestes procedimentos chamar o maior número possível de concorrentes ao procedimento, mas sim aqueles que reúnam determinadas características¹²³.

Nestes procedimentos podem ser adoptados um de dois modelos de qualificação, um simples e outro complexo.

Existindo uma fase de qualificação com o modelo simples de qualificação a que se refere o artigo 179.º do CCP, a existência de vários concorrentes ligados por relações societárias, que se qualifiquem para a fase de apresentação das propostas, não afecta a possibilidade de outros concorrentes também se qualificarem, porque basta que os concorrentes reúnam os requisitos exigidos para que fiquem qualificados. A partir desse momento, tudo acontece como se de um concurso público se tratasse.

No entanto, caso tenha sido adoptado o modelo complexo de qualificação consagrado no artigo 181.º do CCP, cabe à entidade adjudicante fixar o número de candidatos a qualificar nos termos da subalínea *ii)*, da alínea *m)*, do n.º 1 do artigo 164.º do CCP, excepto, quando o número de candidatos que preencham os critérios a que se refere o artigo 181.º do CCP seja inferior a cinco¹²⁴. Como defende João Amaral e Almeida¹²⁵ é aqui, na fase de

¹²³ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹²⁴ Isto porque nos termos da subalínea *ii)*, da alínea *m)*, do n.º 1 do artigo 164.º do CCP, a entidade adjudicante, ao fixar o número de candidatos a qualificar, não o poderá fazer num número inferior a cinco, assim, a título de exemplo, se apenas 2 dos candidatos possuírem capacidade técnica e financeira suficiente, a entidade adjudicante não tem de proceder à fixação do número de candidatos a qualificar.

qualificação, que pode surgir o problema, porque pode acontecer que várias sociedades que se encontram, nomeadamente, numa relação de grupo ou domínio, venham a preencher uma parte significativa ou todos os lugares para candidatos a qualificar, o que, como refere o autor, limita ou frustra a disputa entre candidatos para obter um lugar na qualificação e poder, posteriormente, apresentar uma proposta.

Aqui, por contraponto com o que analisámos a propósito da adjudicação por lotes, a questão pode ser menos flagrante, mas não deixa de existir a possibilidade de, uma vez terminada a fase de qualificação e iniciando-se a apresentação das propostas, suceder que esta fase se encontre dominada, senão mesmo monopolizada, pelo menos materialmente, por concorrentes que, afinal, pertencem ao mesmo operador económico.

8.3. Procedimento com vista à celebração de um acordo-quadro

O procedimento com vista à celebração de acordo-quadro encontra-se regulado nos artigos 251.º e seguintes do CCP e no artigo 33.º da Directiva 2014/24/UE.

O procedimento para a celebração de um acordo-quadro tem por objetivo seleccionar um conjunto de operadores económicos, os quais, no período máximo de quatro anos¹²⁶ e dentro das condições total ou parcialmente definidas no acordo-quadro, se obrigam a celebrar contratos com a entidade adjudicante nas condições nele previstas e à medida que esta o requeira.

Os acordos-quadro revestem particular importância quando a entidade adjudicante sabe que tem de adquirir determinados bens e/ou serviços, mas desconhece as quantidades que necessita em cada momento. Assim, uma vez celebrado o acordo-quadro, quando a entidade adjudicante necessita de proceder à aquisição de um bem ou serviço que tenham sido objecto daquele,

¹²⁵ Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, páginas 54 e 55.

¹²⁶ Nos termos do n.º 1 do artigo 256.º do CCP, o prazo máximo para a vigência de um acordo-quadro é de quatro anos.

basta-lhe recorrer aos cocontratantes do acordo-quadro para proceder à aquisição¹²⁷.

O acordo-quadro divide-se em duas modalidades, em que se podem estabelecer, de forma mais ou menos pormenorizada, os aspectos da execução dos contratos a celebrar.

Quando o acordo-quadro especifique, de forma suficiente, os aspectos da execução dos contratos a celebrar (alínea *a*), do n.º 1, do artigo 252.º do CCP), este pode ser celebrado com um ou vários operadores económicos. Nesta modalidade, quando o acordo-quadro tenha sido celebrado com apenas um cocontratante, nos termos do n.º 1, do artigo 258.º do CCP, a entidade adjudicante deve recorrer ao ajuste directo para proceder à adjudicação. Quando se tenham vinculado ao acordo-quadro mais do que um operador económico, o adjudicatário deve ser seleccionado de acordo com os critérios objectivos estabelecidos no caderno de encargos do acordo-quadro, não existindo assim reabertura da concorrência.

Existem, ainda, casos em que o acordo-quadro não contempla, de forma suficiente, todos os aspectos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo (alínea *b*), do n.º 1, do artigo 252.º do CCP). Aqui, como só é possível celebrar o acordo-quadro com vários operadores, o caderno de encargos relativo à celebração do acordo-quadro deve indicar as regras para os procedimentos a celebrar ao abrigo deste, bem como os critérios objectivos de selecção dos cocontratantes do acordo-quadro (n.º 3, do artigo 252.º do CCP). O programa do procedimento deve indicar o número de propostas a adjudicar, o qual não deve ser inferior a três (n.º 4, do artigo 253.º do CCP). Nesta modalidade, a entidade adjudicante deve recorrer ao procedimento de consulta prévia para proceder à formação dos contratos a celebrar ao abrigo do acordo-quadro. Aqui, existe já “(...) *uma reabertura à concorrência, limitada ao universo dos cocontratantes do acordo-quadro que venham a ser convidados a apresentar propostas*(...)”¹²⁸, o que pode ser problemático se os operadores económicos, cocontratantes daquele acordo-quadro, se encontrarem,

¹²⁷ Vd. Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. 1, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, página 224.

¹²⁸ Idem, página 246.

nomeadamente, em relação de domínio ou de grupo. Aqui, o problema que se coloca, é semelhante ao que já analisámos no caso dos concursos limitados por prévia qualificação.

Assim, entende, nomeadamente, João Amaral e Almeida¹²⁹ que num caso como este, em que, por exemplo, só passam à fase seguinte do procedimento quatro operadores económicos, e todos eles ou três deles se encontram ligados por qualquer uma das relações já *supra* referidas, é difícil conceber que, na prática, vão concorrer verdadeiramente entre si, no âmbito do acordo-quadro, durante o período em que o este se mantenha em vigor, porque aquelas sociedades, por estarem ligadas, trocam com alguma frequência informação entre si, a qual pode, por algum motivo, relacionar-se inevitavelmente com o acordo-quadro.

Mesmo que aquelas entidades tenham adoptado as já referidas medidas internas, com o objectivo de participarem em procedimentos de contratação pública, é difícil conceber que as mesmas fiquem durante quatro anos¹³⁰ sem estabelecer alguns contactos ou realizar algumas acções próprias da relação que as liga e de que eventualmente se deveriam inibir ao abrigo daquelas medidas.

8.4. Definição do preço anormalmente baixo pela entidade adjudicante

Nos termos do n.º 1, do artigo 71.º do CCP, a entidade adjudicante pode definir, nas peças do procedimento, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta se considera anormalmente baixo “(...) *tendo em conta o desvio percentual em relação à média dos preços das propostas a admitir(...)*”.

Quando a entidade adjudicante opte por definir, no programa ou no convite do procedimento, a determinação do preço ou custo anormalmente baixo tendo

¹²⁹ Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017.

¹³⁰ Nos termos do n.º 1 do artigo 256.º do CCP, o prazo máximo para a vigência de um acordo-quadro é de quatro anos.

em conta o desvio percentual em relação à média dos preços das propostas (artigo 71.º do CCP)¹³¹, pode acontecer que os concorrentes ligados por relações societárias, apresentem propostas com vista a distorcer a média dos preços, influenciando, assim, o que se considera, naquele procedimento, como preço ou custo anormalmente baixo.

Ao influenciar aquele valor, os operadores económicos aumentam a probabilidade de sucesso das suas propostas, prejudicando a entidade adjudicante e o interesse público¹³².

9. Mecanismos com vista à exclusão de propostas

Independentemente do problema que a participação simultânea de concorrentes ou proponentes interligados possa causar no procedimento de contratação pública, não existe no Código dos Contratos Públicos, nem nas Directivas Europeias de contratação pública, uma norma que permita, de forma expressa, à entidade adjudicante proceder à exclusão das propostas daquelas empresas. Tal acontece mesmo que estas se encontrem, de modo flagrante, a praticar actos contrários ao Direito da Concorrência e, como tal, prejudiciais para a entidade adjudicante, para o normal funcionamento do procedimento e para os demais operadores económicos que se encontram a participar no procedimento.

No entanto, chegados aqui, é possível concluir que a construção de um mecanismo que permita à entidade adjudicante estabelecer uma limitação à participação ou proceder à exclusão das propostas, deve respeitar alguns parâmetros essenciais, nomeadamente, não pode proceder à exclusão pelo simples facto de entre os operadores económicos existir uma qualquer relação societária; não pode estabelecer uma presunção inilidível segundo a qual

¹³¹ Situação semelhante à que já referimos a propósito da análise do acórdão *Assitur*.

¹³² Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017.

daquela relação resulta o falseamento da concorrência ou a perturbação do procedimento e deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

Alguns autores, entre os quais João Amaral e Almeida, admitem a exclusão ou limitação da participação daquelas empresas quando, “(...) *uma específica conveniência desse procedimento*(...)”¹³³ justifique essa limitação ou restrição, desde que, não tenha por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Por sua vez, Nuno Cunha Rodrigues conclui que nos procedimentos pré-contratuais abertos não existe a possibilidade de introduzir mecanismos que permitem a exclusão daquelas empresas, porque por estarem em causa procedimentos abertos à concorrência, “(...) *o princípio da concorrência é assumido de forma plena, do que resulta que a exclusão de concorrentes apenas seja admissível caso se verifique, com base em elementos incontestáveis, que as propostas não foram formuladas de forma independente.*”¹³⁴

Não obstante as dificuldades que existam no que concerne à questão que aqui analisamos, a entidade adjudicante deve garantir que qualquer procedimento decorre de forma transparente, eficiente e baseado no princípio da proporcionalidade e da não discriminação, estimulando uma concorrência justa e efectiva.^{135 136}

O facto de não existir no Código dos Contratos Públicos uma norma que habilite a entidade adjudicante a proceder à exclusão de tais propostas, levou a

¹³³ Vd. Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, página 54.

¹³⁴ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹³⁵ Vd. Soloveičik, Deividas & Karolis Šimanskis, “The Evolving Concept of ‘Conflict of Interests’ in the EU Public Procurement Law”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, 2017, página 112.

¹³⁶ Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015, *eVigilo Ltd contra Priešgaisinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, processo C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 42 e 43, que as entidades adjudicantes devem ter um papel activo na aplicação dos princípios de adjudicação dos contratos públicos bem como a obrigação de “(...) *verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses.*”

que a doutrina procurasse outros mecanismos que permitam à entidade adjudicante afastar do procedimento as propostas de sociedades ligadas por relações societárias. São algumas dessas soluções que analisaremos de seguida.

9.1. Exclusão por intermédio da alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP

Alguns autores, como João Moreira entendem ser possível a exclusão das *supra* referidas propostas através da alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, que determina a exclusão das propostas que, após análise pela entidade adjudicante, esta conclua pela existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência¹³⁷.

Com uma posição semelhante, surge Luís Verde de Sousa¹³⁸, sustentando que a aplicação daquela norma se deve estender aos casos em que uma empresa, constituída por várias sociedades com personalidade jurídica própria, faz uso da personalidade jurídica de cada uma das sociedades que a integra, para daí retirar para si uma vantagem. O autor sustenta que, ainda que aqueles concorrentes não possuam uma posição dominante¹³⁹ e que não exista entre eles um acordo para efeitos do Direito da Concorrência, por serem, para efeitos deste, uma única empresa, deve estender-se a aplicação daquela norma do CCP a estes casos.

¹³⁷ Neste sentido, Moreira, João, "Cartelização em contratação pública: A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência", in *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, páginas 240 e 241.

¹³⁸ Vd. Sousa, Luís Verde de, "Algumas notas sobre a adjudicação por lotes", in *e-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2 Novembro, Lisboa, ICJP/CIDP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a04.html>, página 80.

¹³⁹ Parte da doutrina (nomeadamente, Almeida, João Amaral e, "A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública", in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017; Sousa, Luís Verde de, "Algumas notas sobre a adjudicação por lotes", in *e-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2 Novembro, Lisboa, ICJP/CIDP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a04.html>) pronunciou-se no sentido de, em alguns casos, se poder recorrer ao instituto do abuso de posição dominante para motivar a exclusão dos concorrentes em relação de domínio ou de grupo (ou outra), do procedimento em causa, no entanto, tendo em conta o que já referimos *supra* a propósito do abuso de posição dominante, seria difícil proceder à exclusão através desta solução.

Esta solução seria aplicável, nomeadamente, no caso da adjudicação por lotes, no concurso limitado por prévia qualificação ou nos procedimentos com vista à celebração de um acordo-quadro.

Na verdade, a *ratio* da alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP é afastar as propostas que violem as regras do Direito da Concorrência. Esta norma do CCP nada mais faz do que uma remissão para as regras do Direito da Concorrência. Ou seja, ao aplicar a norma do CCP, o intérprete tem que ter em consideração aquela remissão, o que implica que a recondução a uma daquelas práticas deva ser enquadrada de acordo, com a definição de empresa para efeitos do Direito da Concorrência. Como tal, aqueles concorrentes, ainda que juridicamente distintos, na acepção do artigo 3.º do RJC, são uma única empresa para efeitos de aplicação daquele diploma.

Assim, a remissão que é feita por aquela norma do CCP para as infracções ao Direito da Concorrência, implica que tais infracções tenham de ser avaliadas à luz do conceito de empresa previsto no artigo 3.º do RJC e que a infracção ocorra entre duas ou mais empresas¹⁴⁰.

É, também, este o entendimento do Tribunal de Justiça¹⁴¹, que, quando questionado sobre a aplicação do então vigente artigo 85.º do Tratado CEE, actual artigo 101.º do TFUE (a que corresponde o artigo 9.º do RJC), concluiu que o preceito não é aplicável a práticas restritivas da concorrência que ocorram entre empresas que constituem uma unidade económica, porque aquelas infracções ao Direito da Concorrência implicam que as mesmas se verifiquem entre dois operadores económicos autónomos.

Como observa Nuno Cunha Rodrigues¹⁴², “(...) a comunicação à Autoridade da Concorrência de uma situação em que duas sociedades do

¹⁴⁰ Com excepção de algumas práticas, nomeadamente, o abuso de posição dominante a que se refere o artigo 11.º do Regime Jurídico da Concorrência.

¹⁴¹ Assim, designadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1988, *Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des Régions libérées*, processo 30/87, EU:C:1988:225, n.º 19; de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, processo 66/86, EU:C:1989:140, n.º 35, e de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 28.

¹⁴² Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia,

*mesmo grupo apresentam propostas diferentes (...) não conduzirá à abertura de qualquer processo de inquérito pela meridiana razão de que estas duas sociedades constituem uma única empresa, à luz do Direito da Concorrência, não se encontrando verificado, por consequência, qualquer acordo entre empresas (bid-rigging)”*¹⁴³.

Estamos, pois, em condições de concluir que não é possível à entidade adjudicante invocar aquela causa de exclusão quando as propostas foram apresentadas por empresas com laços de interdependência, porque essas sociedades, à luz do Direito da Concorrência, são uma única empresa.

9.2. A desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração ou levantamento da personalidade jurídica¹⁴⁴ é uma figura de construção doutrinal, própria do Direito das Sociedades Comerciais, aplicável ao “(...) *exercício inadmissível de posições jurídicas* (...)”¹⁴⁵ em que existe um aproveitamento da personalidade jurídica de que goza cada uma das sociedades que se encontram em relação de grupo ou domínio. Sendo a sua construção de base doutrinal, não existe no ordenamento jurídico português uma norma que preveja esta figura nem uma concretização genérica da mesma.

Nos casos típicos de aplicação da figura da desconsideração da personalidade jurídica, a sociedade, pessoa colectiva, desvia-se daquele que é o seu normal comportamento delineado pelo ordenamento jurídico, adoptando

Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹⁴³ No mesmo sentido, Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, páginas 9 e seguintes, e Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2 Maio/Agosto, Coimbra, CEDIPRE, 2011, páginas 89 a 109.

¹⁴⁴ Sobre esta temática Almeida, João Amaral e, “Os organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento de véu”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. I, Coimbra Editora, 2006, páginas 633 e seguintes.

¹⁴⁵ Vd. Cordeiro, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000, página 152.

um comportamento que não pode ser tolerado na utilização funcional da sociedade, que pode mesmo consubstanciar uma actuação desconforme com as finalidades subjacentes à sua criação.

Apesar de não estar aqui em causa um aproveitamento ilícito¹⁴⁶ da personalidade jurídica, a concretização de uma prática concertada¹⁴⁷ levada a cabo por aquelas empresas pode, a verificar-se no caso concreto, produzir efeitos iguais ou semelhantes ao daquelas práticas na acepção do Regime Jurídico da Concorrência.

Pelo exposto, parece ser possível lançar mão da figura da desconsideração da personalidade jurídica de forma a inibir os normais efeitos da autonomia da personalidade jurídica de cada uma das empresas, na medida em que existe um uso abusivo da personalidade jurídica colectiva que afecta, de forma negativa, o procedimento e os outros concorrentes.

Neste sentido, Luís Verde de Sousa, a propósito da adjudicação por lotes, sustenta que quando não for possível proceder à exclusão por intermédio da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP, se pode adoptar, como solução alternativa, a desconsideração da personalidade societária, com fundamento na alínea i), do n.º 2, do artigo 146.º do CCP, referindo que *“(...) depois de levantado o “véu” societário, o que se verifica é que um mesmo concorrente (pois substancialmente é de uma única entidade que estamos a falar) apresentou a cada lote submetido a concurso, duas propostas, em clara violação do disposto no n.º 7 do artigo 59.º”*¹⁴⁸.

Também a propósito do recurso à figura da desconsideração da personalidade jurídica, e numa análise à adjudicação por lotes, refere Nuno Cunha Rodrigues que o *“(...) recurso à teoria do levantamento ou desconsideração da personalidade jurídica pressupõe, aqui, a prática de abuso*

¹⁴⁶ Porque não encontramos, como já vimos, uma norma que proíba a participação simultânea destas sociedades ou que permita a exclusão das propostas quando existam indícios de uma prática restritiva e porque o artigo 9.º do RJC não é aplicável nestas situações.

¹⁴⁷ Referimo-nos à prática concertada em sentido material e não no sentido estrito que lhe é dado no Direito da Concorrência.

¹⁴⁸ Vd. Sousa, Luís Verde de, “Algumas notas sobre a adjudicação por lotes”, in *e-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2 Novembro, Lisboa, ICJP/CIDP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a04.html>, página 80.

de direito por parte de uma única empresa (ainda que traduzida na apresentação de diferentes propostas) que ficciona a existência de várias propostas através de vários concorrentes”¹⁴⁹. Ora, nos termos do artigo 334.º do Código Civil, é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda, manifestamente, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito, logo, tudo indica que será possível recorrer à desconsideração da personalidade jurídica, ainda que seja com fundamento em abuso de direito^{150 151}.

No entanto, como nota Nuno Cunha Rodrigues¹⁵², a figura da desconsideração da personalidade jurídica carece de algum rigor dogmático, nomeadamente pela falta de previsão normativa, restando-se em recorrer a princípios como o da boa fé ou do abuso de direito, pelo que se deve ponderar a sua utilização, pois “[O] recurso ao instituto do levantamento da personalidade colectiva é de carácter subsidiário, só assumindo cabimento caso não exista outro fundamento legal que invalide a conduta desrespeitosa.”¹⁵³

¹⁴⁹ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹⁵⁰ Como refere António Menezes Cordeiro, o abuso de direito “(...) é uma expressão consagrada para traduzir, hoje, um instituto multifacetado, internamente complexo e que prossegue, in concreto, os objectivos últimos do sistema”, Cordeiro, António Menezes, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II, Setembro 2005, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>.

¹⁵¹ Reflexo disto parece também ser o entendimento do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2008, processo 2889/2008-6, o qual sustentou o seguinte: “Existirá abuso de direito quando alguém, detentor embora de um determinado direito, válido em princípio, o exercita, todavia, no caso concreto, fora do seu objectivo natural e da razão justificativa da sua existência e em termos apodicticamente ofensivos da justiça e do sentimento jurídico dominante, designadamente com intenção de prejudicar ou de comprometer o gozo do direito de outrem ou de criar uma desproporção objectiva entre a utilidade do exercício do direito por parte do seu titular e as consequências a suportar por aquele contra o qual é invocado.”

¹⁵² Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹⁵³ Vd. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2018, processo 446/11.9TYLSB.L1.S1.

9.3. A exclusão com base na violação de princípios

Este eventual mecanismo de exclusão foi recentemente referido pelo Tribunal de Justiça¹⁵⁴, o qual sustentou que, permitir que os proponentes interligados apresentem propostas coordenadas ou concertadas, viola o princípio da igualdade de tratamento consagrado no artigo 18.º da Directiva 2014/24/UE, a que corresponde o artigo 1.º-A do CCP, não sendo necessário analisar se o comportamento é contrário ao artigo 101.º do TFUE.

Esta posição pode ter várias consequências. Por um lado, ao dispensar a aplicação do artigo 101.º do TFUE o tribunal abre portas a uma possível solução para quando seja necessário excluir propostas de operadores económicos ligados por relações societárias, nomeadamente, quando violem o Direito da Concorrência. Por outro lado, excluir propostas apenas com base em princípios pode ser insuficiente,¹⁵⁵ nomeadamente, porque pode existir neles, por comparação às regras escritas, maior incerteza e insegurança jurídica¹⁵⁶.

No entanto, esta construção, que ainda carece de desenvolvimento, parece ser uma hipótese a ponderar, pois um dos objectivos das Directivas é a promoção da concorrência nos procedimentos de contratação pública, pelo que será contraditório admitir comportamentos restritivos da concorrência nestes procedimentos.

¹⁵⁴ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 29.

¹⁵⁵ Assim, Almeida, João Amaral e, "A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública", in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, página 15, o autor referindo-se aos princípios da concorrência, da igualdade de tratamento e da transparência refere que "(...) são só por si imprestáveis para resolver qualquer caso em que esteja em causa um facto ou situação que pudesse ou devesse ser considerado como motivo para exclusão das propostas submetidas a um procedimento de contratação pública."

¹⁵⁶ No sentido de poderem existir também algumas dificuldades relacionadas com a questão da prova, Muñoz, Carlos Vérguez, "The EU Court of Justice confirms that related undertakings are not obliged to disclose links between them to the public contracting authority, and that they can submit non-concerted offers to the same bid (Šiauliai)", in *Bulletin e-Competitions*, art. n.º 87345, 2018, disponível em: <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/may-2018/the-eu-court-of-justice-confirms-that-related-undertakings-are-not-obliged-to>.

9.4. O estabelecimento de limitações nas peças do procedimento

Este mecanismo, que é talvez o mais simples e o que pode ser aplicado à generalidade dos procedimentos, consiste em a entidade adjudicante introduzir, nas peças do procedimento, uma limitação à participação que se consubstancia na proibição de participação simultânea de concorrentes ligados por uma das relações societárias já mencionadas.

A doutrina tem vindo a sustentar esta solução recorrendo ao n.º 4 do artigo 132.º do CCP, que permite incluir no programa do procedimento quaisquer regras convenientes ao desenrolar do mesmo, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, e claro, que respeitem a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

João Amaral e Almeida e Nuno Cunha Rodrigues consideram que, como não existe no CCP uma norma que preveja a exclusão de candidaturas naquelas situações, a solução passa pela inserção, nas peças do procedimento, de uma regra com esse mesmo objectivo.

Nuno Cunha Rodrigues sustenta que a limitação se introduza através da utilização do conceito de empresa para efeitos do Direito da Concorrência, referindo o autor que a entidade adjudicante “(...) *deve registar, nas peças do procedimento pré-contratual de acesso limitado, ser proibida a participação de concorrentes que integrem a mesma empresa, de harmonia com a noção prevista no artigo 3.º da Lei da Concorrência.*”^{157 158}

Esta solução não vai contra a jurisprudência do TJUE nos acórdãos *Assitur* e *Lloyd’s of London*, porque, nestes, estava em causa a exclusão de propostas apresentadas por empresas pertencentes ao mesmo grupo por determinação da lei do Estado-Membro em procedimentos pré-contratuais abertos, e como já

¹⁵⁷ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹⁵⁸ Não parece estar em causa uma derrogação do conceito consagrado no artigo 53.º do CCP nem a aplicação analógica do artigo 3.º do RJC, pois o próprio autor não se refere a elas. Parece antes estar em causa a mera criação de um mecanismo de protecção do procedimento e da concorrência.

referimos *supra*, à partida, não fará sentido, nestes procedimentos, estabelecer tal limitação, porque poderia ir contra a *ratio* do próprio procedimento.

9.5. A figura dos conflitos de interesses

O conceito de conflito de interesses não é novo, e das várias abordagens realizadas nos diferentes ramos do Direito, todas elas são orientadas pelo objectivo de garantir a máxima transparência nos procedimentos que envolvem o poder público.

Genericamente, o conflito de interesses caracteriza-se pela existência de uma colisão entre os interesses de uma pessoa singular ou colectiva que, normalmente associada a um poder público, pode ser propício a desvirtuar o normal funcionamento de uma relação que se estabelece entre essa pessoa e terceiros com os quais tem de se relacionar no exercício das suas funções.

Até à adopção das Directivas Europeias de 2014, o direito europeu, relativo aos contratos públicos, era omissivo relativamente à figura dos conflitos de interesses.

O considerando 16 da Directiva 2014/24/UE, relativo ao conflito de interesses, dispõe que:

“As autoridades adjudicantes deverão recorrer a todos os meios possíveis de que disponham na legislação nacional a fim de evitar distorções nos procedimentos de contratação pública provocadas por conflitos de interesses. Tal poderá incluir procedimentos para identificar, prevenir e solucionar os conflitos de interesse.”

O artigo 24.º daquela Directiva (a que corresponde o n.º 3 e o n.º 4 do artigo 1.º-A do CCP) procede à concretização deste considerando e estabelece a obrigação de os Estados-Membros assegurarem que as entidades adjudicantes¹⁵⁹ tomam as medidas adequadas para impedir, identificar e

¹⁵⁹ Decorre da jurisprudência do acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015, *eVigilo Ltd contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, processo C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 43, que as entidades adjudicantes devem

resolver, de forma eficaz, e acrescente-se, proporcional, os conflitos de interesses que possam surgir nos procedimentos de contratação pública, de forma a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos.

Da análise da letra do artigo 24.º da Directiva 2014/24/UE, parece retirar-se que existe uma obrigação dos Estados-Membros protegerem o mercado de contratação pública, aqui especificamente, no que concerne à questão dos conflitos de interesses.

Apesar de o 2.º parágrafo do mencionado artigo 24.º se referir aos denominados conflitos de interesses verticais, nem o considerando 16 nem o artigo 24.º da Directiva 2014/24/UE fornecem um conceito de conflitos de interesses, o qual foi e continua a ser desenvolvido pela jurisprudência dos tribunais da União Europeia¹⁶⁰. Ainda assim, a expressão “*no mínimo*”, presente no 2.º parágrafo do artigo 24.º da Directiva, sugere que o legislador pretendeu abranger mais situações do que aquelas que elencou, abrindo campo a uma interpretação mais ampla do preceito, onde se podem, eventualmente, considerar outras formas de conflitos de interesses.¹⁶¹

É nestas referências relativas aos conflitos de interesses que alguma doutrina se tem apoiado para construir uma solução que permita proceder à exclusão¹⁶² de propostas de operadores económicos unidos por relações societárias.

“(…) verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e (...) tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses.”

¹⁶⁰ Nomeadamente, acórdão do Tribunal Geral de 20 de Março de 2013, *Nexans France contra Empresa Comum Europeia para o ITER e o Desenvolvimento da Energia de Fusão*, processo T-415/10, EU:T:2013:141, n.º 115 onde o tribunal refere que “(…) o conceito de conflito de interesses apresenta um carácter objetivo e, para o caracterizar, importa não tomar em consideração as intenções dos interessados (...)”.

¹⁶¹ Neste sentido Soloveičik, Deividas & Karolis Šimanskis, “The Evolving Concept of ‘Conflict of Interests’ in the EU Public Procurement Law”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, 2017, páginas 128 e 129.

¹⁶² O conflito de interesses a que se refere o artigo 24 da Directiva 2014/24/UE constitui fundamento de exclusão nos termos da alínea e), do n.º 4 do artigo 57.º da mesma. No CCP, a alínea k), do n.º 1, do artigo 55.º, consagra como impedimento à participação nos procedimentos a existência de um conflito de interesses, quando não possa ser tomada outra medida menos gravosa do que a exclusão, no entanto, do n.º 2 do artigo 55.º é possível retirar que a alínea k) se refere aos conflitos de interesses que existam entre a entidade adjudicante e um operador económico que se apresente no procedimento.

Deividas Soloveičik e Karolis Šimanskis parecem defender que se deve ponderar uma adaptação da figura do conflito de interesses, fazendo a sua extensão¹⁶³, para as situações em que dois ou mais operadores económicos, ligados por relações societárias, se apresentam em simultâneo no mesmo procedimento, considerando que estão em conflito de interesses na medida em que dispõe de informação que pode ser prejudicial para o procedimento.

Aqueles autores sugerem, no âmbito da contratação pública, o recurso às terminologias de conflito de interesses vertical e de conflito de interesses horizontal.

No conflito de interesses vertical, aquele a que se refere o 2.º parágrafo do artigo 24.º da Directiva 2014/24/UE, está em causa a existência de conflito de interesses entre a entidade adjudicante e um operador económico. Já o conflito de interesses horizontal ocorre entre os concorrentes do procedimento, não envolvendo a entidade adjudicante.

Os autores sustentam, ainda, que o conflito de interesses horizontal envolve diversos tipos de cooperação ilícita entre os operadores económicos, nomeadamente, quando dois ou mais operadores económicos adoptam práticas anti-concorrenciais, as quais, ainda que não sejam censuradas à luz do Direito da Concorrência (como já analisámos *supra*), o mesmo não acontecerá perante o direito da contratação pública¹⁶⁴ caso se recorra à figura dos conflitos de interesses.

Do exposto, parece que esta solução, após o necessário desenvolvimento, é susceptível de ser aplicável, independentemente do tipo de procedimento em causa.

¹⁶³ No ordenamento jurídico nacional essa extensão encontra uma menor correspondência na letra da lei, pois apesar da norma nacional do n.º 4 do artigo 1.º-A do CCP ser idêntica à do artigo 24.º da Directiva 2014/24/UE, enquanto no artigo 24.º o legislador utilizou a expressão “*no mínimo*” de forma a que possam caber ali outras situações, o legislador nacional não fez essa opção, o que pode indicar que foi sua intenção restringir os casos de conflitos de interesses aos que colocou na letra da lei.

¹⁶⁴ A alínea k), do n.º 1, do artigo 55.º do CCP, considera existir impedimento quando os operadores económicos “[E]stejam abrangidas por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão”, sendo a possibilidade de exclusão consagrada na alínea c), do n.º 2, do artigo 146 do CCP.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência relativa aos conflitos de interesses no Direito da Contratação Pública é, ainda, limitada e pouco desenvolvida, sendo necessário aguardar eventuais desenvolvimentos na sua construção e possível utilização prática.

Conclusão

Como tivemos oportunidade de analisar, a participação simultânea de operadores económicos ligados por relações societárias, como são relações de domínio ou de grupo, pode ser prejudicial para os demais proponentes ou concorrentes bem como para a entidade adjudicante e para o normal funcionamento de determinados procedimentos, nomeadamente, nos casos de adjudicação por lotes, nos concursos limitados por prévia qualificação, nos procedimentos que tenham em vista a celebração de um acordo-quadro e nos procedimentos em que a entidade adjudicante determine que o cálculo do preço ou custo anormalmente baixo se encontra através do desvio percentual em relação à média dos preços das propostas, tal como consagrado no artigo 71.º do CCP.

Com excepção dos procedimentos em que a entidade adjudicante defina o cálculo do preço anormalmente baixo com recurso ao disposto no artigo 71.º do CCP, todos os outros são procedimentos que, pela sua especificidade, acarretam alguma limitação, seja, por exemplo, na adjudicação por lotes em que se pretende dividir, por diversos operadores económicos, os bens e/ou serviços objecto da adjudicação; seja nos concursos limitados por prévia qualificação, em que os proponentes seleccionados vão posteriormente concorrer pela adjudicação de um contrato. É a dinâmica própria destes procedimentos que pode gerar os vários problemas já assinalados.

Ao contrário do que acontece naqueles procedimentos, nos procedimentos ditos abertos, parece não ser possível introduzir uma qualquer limitação com vista a afastar a apresentação de propostas por aqueles operadores económicos, porque, neste procedimentos, *“(...) o princípio da concorrência é assumido de forma plena, do que resulta que a exclusão de concorrentes apenas seja admissível caso se verifique, com base em elementos incontestáveis, que as propostas não foram formuladas de forma independente.”*¹⁶⁵ Nestes casos, resta à entidade adjudicante analisar aquelas propostas com redobrada atenção, de forma a aferir da sua independência.

¹⁶⁵ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia,

Nos demais procedimentos *supra* referidos, tudo leva a crer que a entidade adjudicante pode adoptar os mecanismos necessários para garantir o adequado funcionamento do procedimento em causa, nomeadamente, através do recurso a uma das formas de limitação já *supra* analisadas, optando por aquela que entenda mais adequada ao caso concreto, com a ressalva de que as condições do procedimento, entre as quais as condições de acesso ao mesmo, devem encontrar-se estabelecidas *ab initio*¹⁶⁶.

Nos casos em que a entidade adjudicante opte por limitar a participação simultânea de operadores económicos ligados por relações societárias, inscrevendo essa limitação nas peças do procedimento, pode fazê-lo, nomeadamente, de duas formas: pode simplesmente referir que naquele procedimento não podem apresentar propostas, em simultâneo, operadores económicos que se encontrem ligados por alguma das formas já referidas, ou então, e como sustenta Nuno Cunha Rodrigues, através da proibição de operadores económicos que à luz do artigo 3.º do RJC sejam uma única empresa¹⁶⁷. Desta forma ao introduzir, nas peças do procedimento, uma limitação à participação daqueles operadores económicos, a entidade adjudicante fica salvaguardada, no caso de ser necessário proceder à exclusão daquelas propostas.

Independentemente da fórmula que a entidade adjudicante utilize para proceder àquela limitação, é essencial que a mesma respeite a jurisprudência do TJUE, e em especial, nestes casos, o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

¹⁶⁶ Neste sentido o já referido acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 2006, *La Cascina Soc. coop. arl e Zilch Srl contra Ministero della Difesa e outros e Consorzio G. f. M. contra Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. Arl.*, processos apensos C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, n.º 32, “(...) há que precisar que os princípios da transparência e da igualdade de tratamento que regem todos os processos de adjudicação de contratos públicos, segundo os quais as condições de fundo e de processo respeitantes a um concurso devem ser claramente definidas previamente(...)”.

¹⁶⁷ Vd. Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes.

No que concerne à subversão do funcionamento do procedimento, podem suceder, entre outras, algumas das situações que já identificamos *supra*. Quando a perturbação do procedimento seja o resultado de uma prática restritiva da concorrência a que se refere o artigo 9.º do RJC e o artigo 101.º do TFUE, como já oportunamente analisámos, é entendimento do TJUE que aquela proibição não se aplica quando os acordos ou práticas concertadas referidas na norma, são levados a cabo por empresas que constituem uma unidade económica¹⁶⁸.

É certo que esta posição do tribunal se prende com a questão *supra* referida de que, para se proceder à aplicação daquelas normas, é necessário que as práticas restritivas sejam levadas a cabo por empresas distintas, na acepção do Direito da Concorrência. No entanto, na abordagem à questão, é importante ter presente que, quando as práticas restritivas sejam executadas por operadores económicos, que à luz do Direito da Concorrência são uma única empresa, não é pela verificação deste facto que deixamos de ter, pelo menos materialmente, uma prática restritiva da concorrência, o que acontece, é que em virtude das referidas circunstâncias não podemos aplicar-lhe as devidas disposições legais¹⁶⁹.

Ora, o que acontece é que independentemente da qualificação daqueles operadores económicos como uma única empresa à luz do artigo 3.º do RJC, existe uma prática anti-concorrencial prejudicial para o mercado e para a entidade adjudicante, mas, por se tratar de uma só empresa à luz do Direito da Concorrência, a entidade adjudicante não pode proceder à sua exclusão com recurso à alínea g), do n.º 2, do artigo 70 do CCP¹⁷⁰, e mesmo que a entidade adjudicante faça chegar o caso à Autoridade da Concorrência, esta não poderá abrir um processo¹⁷¹ pelos motivos já expostos. No entanto, tendo em

¹⁶⁸ Nomeadamente, o acórdão do Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, processo 66/86, EU:C:1989:140.

¹⁶⁹ Referimo-nos ao artigo 9.º do RJC e ao artigo 101.º do TFUE.

¹⁷⁰ Porque, como já tivemos oportunidade de analisar *supra*, a alínea g), do n.º 2, do artigo 70 do CCP, faz operar uma remissão para as regras do Direito da Concorrência.

¹⁷¹ Assim Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina 2017, e também Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à

consideração os objectivos, quer do Direito da Concorrência, quer do Direito da Contratação Pública, não se afigura razoável nada fazer perante uma prática anti-concorrencial prejudicial para ambos.

A posição do TJUE no sentido de que “(...) o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 2.º da Directiva 2004/18/CE é violado caso se admita que os proponentes interligados podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas, isto é, não autónomas nem independentes, que sejam susceptíveis de, desta forma, lhes conferirem vantagens injustificadas face aos outros proponentes, não sendo necessário examinar se a apresentação de tais propostas constitui também um comportamento contrário ao artigo 101.º TFUE”¹⁷², pode, eventualmente, ter subjacente uma tentativa de não deixar passar impune uma prática restritiva da concorrência.

Não tendo a entidade adjudicante optado por incluir, nas peças do procedimento, a já referida limitação, mas verifique que daquela participação simultânea resulta algum prejuízo para o procedimento ou para a concorrência, e que não existe, no ordenamento jurídico, norma que permita proceder à exclusão, resta-lhe optar por outro mecanismo, nomeadamente, e dos aqui analisados, a desconsideração da personalidade jurídica, a construção jurídica relativa aos conflitos de interesses ou com fundamento na violação de princípios.

A desconsideração da personalidade jurídica, apesar de carecer de algum rigor dogmático, como aliás já referimos *supra*, é uma figura que está mais desenvolvida, pela doutrina e pela jurisprudência, quando comparada com a construção dos conflitos de interesses. Por se apresentar mais consolidada, oferece também maior segurança na sua aplicação.

adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, páginas 859 e seguintes, “Na verdade a comunicação à Autoridade da Concorrência (...) não conduzirá à abertura de qualquer processo de inquérito pela meridiana razão de que estas duas sociedades constituem uma única empresa, à luz do Direito da Concorrência (...)”.

¹⁷² Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras*, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 29.

Quanto à exclusão com fundamento na existência dos *supra* referidos conflitos de interesses horizontais, temos de ter presente que este mecanismo ainda se encontra pouco desenvolvido, e, apesar de a nível europeu, como vimos, o legislador ter incluído no 2.º parágrafo do artigo 24.º da Directiva 2014/24/UE algumas das situações em que existem conflitos de interesses¹⁷³, o legislador nacional não fez essa ressalva, deixando menos margem ao intérprete para fazer a extensão para o denominado conflito de interesses horizontal¹⁷⁴.

No que respeita à exclusão com fundamento na violação de princípios, a que se referiu o TJUE¹⁷⁵, além do já referido significativo grau de incerteza e insegurança jurídica que tal pode acarretar, é necessário aguardar desenvolvimentos da doutrina e mesmo do próprio TJUE sobre a questão.

No que concerne aos elementos que permitem à entidade adjudicante avaliar se as propostas podem indiciar uma prática prejudicial para o procedimento ou para a concorrência, se é verdade que, não raras vezes, é difícil fazer prova de que os proponentes ou concorrentes a um procedimento actuam de forma a falsear a concorrência, a prova parece ser mais fácil no caso em que as propostas apresentadas por operadores económicos ligados por relações societárias, são assinadas pelas mesmas pessoas, em especial, quando os signatários das propostas exerçam funções naqueles dois operadores económicos. Nesta situação, ainda que se mostre que os operadores económicos adoptaram disposições contratuais, ou de outra natureza, com vista a regular a sua participação em procedimentos de contratação pública, de forma a garantir a independência das propostas, mas estas são assinadas pela mesma pessoa, parece ser possível ponderar a sua exclusão.

¹⁷³ Note-se, como já afirmámos *supra*, que o legislador incluiu na norma a expressão “*no mínimo*” sugerindo que são susceptíveis de caber ali mais situações.

¹⁷⁴ Vd. Soloveičik, Deividas & Karolis Šimanskis, “The Evolving Concept of ‘Conflict of Interests’ in the EU Public Procurement Law”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, 2017.

¹⁷⁵ Vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 29.

O acto da assinatura das propostas é mais do que uma mera formalidade. Da assinatura de um documento retira-se o conhecimento do seu conteúdo e a vinculação ao mesmo, pelo que, como já sustentou o Tribunal de Contas¹⁷⁶, “[R]econhecer que neste caso houve respeito pelo princípio da concorrência só seria possível desconsiderando completamente o ato de assinatura – afirmando-se pois que assinar um documento nada significa – ou acreditar no melhor dos mundos “panglossianos” da concorrência em que os concorrentes são e lealmente concorrem consigo próprios”. Apesar de neste acórdão o Tribunal de Contas basear a sua argumentação, essencialmente, no princípio da concorrência, parece ser possível retirar desta afirmação que, o mesmo vale de uma forma geral, para outras situações, pois o que está em causa aqui, é na verdade, afirmar que “(...) assinar um documento nada significa(...)”. Ou seja, à identidade de signatários das propostas encontra-se subjacente um conhecimento do conteúdo das mesmas. No caso de o signatário das propostas ser, por exemplo, um membro dos órgãos sociais, o qual assuma um cargo de responsabilidade máxima, encontra-se este em posição de influenciar o conteúdo das propostas.

A influência que o signatário das propostas pode, eventualmente, exercer sobre o seu conteúdo, pode ser difícil de identificar. Isto pode acontecer nos casos em que o conteúdo das propostas não revela, necessariamente, elementos daquela influência, nomeadamente, quando com a participação simultânea no procedimento se pretende, por exemplo, influenciar o cálculo do preço anormalmente baixo (quando a entidade adjudicante utilize a forma de cálculo consagrada no artigo 71.º do CCP) ou preencher todos, ou quase todos, os lugares para candidatos a qualificar num concurso limitado por prévia qualificação.

Estamos em condições de concluir que, apesar da aplicação conjunta e dos pontos de conexão existentes entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública, nenhum deles fornece uma solução suficiente e clara para regular estes casos.

¹⁷⁶ Vd. acórdão do Tribunal de Contas n.º 15, de 14 de Outubro de 2014, processo n.º 1061/2013.

Não parece ser possível apontar respostas definitivas para todas as questões relevantes sobre a matéria, pois tal como acontece em múltiplas situações, é necessária uma avaliação casuística por parte das entidades adjudicantes, e, eventualmente, dos tribunais que venham a decidir sobre casos como estes.

Bibliografia

Almeida, João Amaral e, “Os organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento de véu”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. I, Coimbra Editora, 2006

Almeida, João Amaral e, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in Júdice, José Miguel, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro, Lino Torgal (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017

Azeredo, Joana, “A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência” in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Outubro 2016, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Centro de Investigação Jurídico-Económica, disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/1507>

Carvalho, Miguel Marques de, “O risco de colusão em contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência e a revisão do Código dos Contratos Públicos”, in Gomes, Carla Amado, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira (coords.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2018

Cordeiro, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000

Cordeiro, António Menezes, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II, Setembro 2005, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>

Estorninho, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um olhar português*, Almedina, 2006

Freire, Paula Vaz, *Eficiência económica e Restrições Verticais – Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*, Lisboa, AAFDL, 2008

Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.^a edição, Almedina, 2018

Moniz, Carlos Botelho, (coord), *Lei da Concorrência Anotada*, Almedina, 2016

Morais, Luís D. S., *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra, Almedina, 2009

Morais, Luís S.; Nuno Cunha Rodrigues, “Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas”, in Trabuco, Cláudia & Vera Eiró (coords.), *Contratação pública e Concorrência*, Almedina, 2013

Moreira, João, “Cartelização em contratação pública: A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, in *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

Muñoz, Carlos Vérguez, “The EU Court of Justice confirms that related undertakings are not obliged to disclose links between them to the public contracting authority, and that they can submit non-concerted offers to the same bid (Šiauliai)”, in *Bulletin e-Competitions*, art. n.º 87345, 2018, disponível em: <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/may-2018/the-eu-court-of-justice-confirms-that-related-undertakings-are-not-obliged-to>

Oliveira, Mário Esteves de, “Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimento de contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Restrições à participação em procedimentos de contratação Pública”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1 Maio 2009 Coimbra, CEDIPRE, 2009

Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2 Maio/Agosto, Coimbra, CEDIPRE, 2011

Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009

Raimundo, Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Público – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, AAFDL, 2013

Rodrigues, Nuno Cunha, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Almedina, 2015

Rodrigues, Nuno Cunha, “A Nulidade dos Contratos Administrativos à Luz do Direito da Concorrência”, in *Estudos de Contratação Pública – IV*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

Rodrigues, Nuno Cunha, “O princípio da concorrência nas novas Diretivas sobre contratação pública” in Estorninho, Maria João (coord.) *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2016

Rodrigues, Nuno Cunha “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in Machete, Rui Chancerelle de, José de Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo, Nuno Pena (Comissão Organizadora), *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019

Sampaio, Raquel, “Distorções da Concorrência na participação em procedimentos de contratação pública” in *Estudos de Contratação Pública – IV*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

Silva, Miguel Moura e, *Direito da concorrência*, 2.^a ed., Lisboa, AAFDL, 2018

Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 8ª Edição, Almedina, 2019

Soloveičik, Deividas & Karolis Šimanskis, “The Evolving Concept of ‘Conflict of Interests’ in the EU Public Procurement Law”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, 2017

Sousa, Luís Verde de, “Algumas notas sobre a adjudicação por lotes”, in *e-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2 Novembro, Lisboa, ICJP/CIDP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a04.html>

Papers sobre Direito da Concorrência

Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, (2009/C 45/02)

Directrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, OCDE, Fevereiro, 2009

Jurisprudência nacional

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2008, processo 2889/2008-6

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 96/2009, de 28 de Abril de 2009, processo n.º 47/09

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 25 de Março de 2010, processo n.º 05806/09

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 11 de Agosto de 2010, processo n.º 05146/09

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 31 de Agosto de 2010, processo n.º 06516/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 30 de Setembro de 2010, processo n.º 06517/10

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Janeiro de 2011, processo n.º 0851/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 3 de Fevereiro de 2011, processo n.º 06545/10

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 31 Março de 2011, processo n.º 017/11

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 12 de Maio de 2011, processo n.º 07536/11

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 15, de 14 de Outubro de 2014, processo n.º 1061/2013

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 26 de Novembro de 2015, processo n.º 12542/15

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 2 de Junho de 2016, processo n.º 13205/16

Jurisprudência Europeia

Decisão da Comissão de 18 de Junho de 1969, *Christiani & Nielsen*, processo IV/22548

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, *ACF Chemiefarma NV contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 41/69, EU:C:1970:71

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 6-72, EU:C:1973:22

Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Outubro de 1974, *Centrafarm BV e Adriaan de Peijper contra Sterling Drug Inc.*, processo 15/74, EU:C:1974:114

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 27/76, EU:C:1978:22

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH contra Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.*, processo 170/83, EU:C:1984:271

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1987, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, processo 118/85, EU:C:1987:283

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1988, *Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des Régions libérées*, processo 30/87, EU:C:1988:225

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, processo 66/86, EU:C:1989:140

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, processo C-41/90, EU:C:1991:161

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 1995, *Federation française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie e Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs contra Ministério da Agricultura e da Pesca*, processo C-244/94, EU:C:1995:392

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1997, *Job Centre coop. arl.*, processo C-55/96, EU:C:1997:603

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 1998, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, C-35/96, EU:C:1998:303

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2000, *Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-41/96, EU:T:2000:242

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Dezembro de 2000, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG*, processo C-324/98, EU:C:2000:669

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, processo C-309/99, EU:C:2002:98

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2005, *Fabricom SA contra Estado Belga*, processos apensos C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 2006, *La Cascina Soc. coop. arl e Zilch Srl contra Ministero della Difesa e outros e Consorzio G. f. M. contra Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. Arl.*, processos apensos C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 2008, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, processo C-412/04, EU:C:2008:102

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 2008, *Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e Ypoyrgos Epikrateias*, processo C-213/07, EU:C:2008:731

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, processo C-538/07, EU:C:2009:317

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2009, *Akzo Nobel NV, e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo C-97/08 P, EU:C:2009:536

Acórdão do Tribunal Geral de 20 de Março de 2013, *Nexans France contra Empresa Comum Europeia para o ITER e o Desenvolvimento da Energia de Fusão*, processo T-415/10, EU:T:2013:141

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015, *eVigilo Ltd contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, processo C-538/13, EU:C:2015:166

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Janeiro de 2016, *"Eturas" UAB e o. contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba.*, processo C-74/14, EU:C:2016:42

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2018, *Lloyd's of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, processo C-144/17, EU:C:2018:78

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, «Ecoservice projektai» UAB, anteriormente «Specializuotas transportas» UAB*, processo C-531/16, EU:C:2018:324